

UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
VICERRECTORIA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

PROGRAMA DE MAESTRIA DE DERECHO PRIVADO CON
ÉNFASIS EN DERECHO CIVIL

**“DOCTRINA DE LA IMPREVISIÓN Y LA LEY DE MORATORIA
BANCARIA EN PANAMÁ”**

PRESENTADA POR:
ABISAG BRAVO CHAVARRÍA

TESIS PARA EL GRADO ACADEMICO DE MAESTRO EN DERECHO
PRIVADO CON ÉNFASIS EN DERECHO CIVIL

PANAMÁ, 2024

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación, está dedicado a mi familia, por siempre apoyarme en mis sueños y a cada estudiante y lector de esta tesis, que busque ampliar sus conocimientos en materia civil y bancaria; esperando que sea una lectura enriquecedora para cada uno.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer a Dios, por permitirme tener la determinación para cumplir con mis metas académicas y nunca darme por vencida.

Igualmente, agradecer a mi profesor asesor Rafael Sousa, por guiarme en esta investigación y apoyarme en un área que es nuevo para mí, pero que, bajo su dirección pude comprenderlo mejor y culminar con éxito esta investigación.

A mi familia, por siempre estar allí para mí, y motivarme a alcanzar mis sueños, muchas gracias.

INDICE

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I: MARCO METODOLÓGICO	10
1.1 ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN	10
1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	15
1.3 HIPÓTESIS DEL PROBLEMA	15
1.3.1 Hipótesis General	15
1.3.2 Hipótesis Nula.....	16
1.3.3 Hipótesis Alternativa	16
1.4 OBJETIVOS OPERACIONALES.....	17
1.4.1 Objetivos Generales.....	17
1.4.2 Objetivos Específicos.....	17
1.5 JUSTIFICACIÓN	17
1.6 METODOLOGÍA.....	19
1.7 DELIMITACIÓN.....	20
1.8 ALCANCES Y LIMITACIONES	21
1.8.1 Alcances	21
1.8.2 Limitaciones	21
1.9 APORTES	22
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO	23
2. 1 PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA.....	23
2.2 PRINCIPIO DE EQUIDAD JURÍDICA	26
2.3 CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS	29
2.4 DISTINCIÓN ENTRE LA DOCTRINA DE LA IMPREVISIÓN, CON LAS FIGURAS DE CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR	32
2.5 APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA IMPREVISIÓN EN PANAMÀ: RECONOCIMIENTO Y APLICACIÓN	34
2.6. LOS HECHOS IMPREVISIBLES EN LA CONTRATACIÓN Y OPERACIÓN BANCARIA. LA ACCIÓN DE LA BANCA. LA REACCIÓN	36

CAPÍTULO III: ASPECTOS GENERALES Y APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA IMPREVISIÓN EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA	38
3.1 ASPECTOS GENERALES DE LA DOCTRINA DE LA IMPREVISIÓN	38
3.1.1 Origen de la Doctrina de la Imprevisión	38
3.1.1.1 Derecho Romano.....	38
3.1.1.2 Derecho Canónico (Siglos XII-XIV).....	39
3.1.1.3 Derecho Postglosadores (Siglos XIV-XVI).....	40
3.1.1.4 Auge y decadencia	40
3.1.1.5 Resurgimiento en el Derecho Moderno	42
3.1.2 Concepto.....	43
3.1.3 Naturaleza Jurídica	45
3.1.3.1 Teoría de la Buena Fe	45
3.1.3.2 Teoría de la voluntad real de los contratantes.....	46
3.1.3.3 Teoría de la Equidad Natural.....	46
3.1.3.4 Teoría de la Causa	48
3.1.4. Requisitos Generales.....	49
3.1.5 Efectos Jurídicos de Aplicación	52
3.1.6 Reconocimiento jurisprudencial	53
3.2 .APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA IMPREVISIÓN EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA	56
3.2.1 Condiciones para que opere la doctrina de la imprevisión.....	56
3.2.2 Aplicación en el Derecho Civil.....	59
3.2.3 Aplicación en el Derecho Administrativo	61
CAPITULO IV: MARCO GENERAL DE LOS CONTRATOS BANCARIOS	63
4.1 NOCIÓN GENERAL DEL DERECHO BANCARIO	63
4.1.1 Antecedente	63
4.1.2 Concepto de Derecho Bancario	66
4.1.3 Naturaleza del Derecho Bancario	68
4.1.4 Características del Derecho Bancario.....	70
4.1.5 Principios del Derecho Bancario	73
4.2 SISTEMA BANCARIO	74
4.2.1 Entidades que participan en el Sistema Bancario	74
4.2.1.1 Autoridad de Regulación y Supervisión	74
4.2.1.2 Intermediarios Financieros.....	75
4.2.1.3 Entidades Auxiliares de control.....	79

4.2.2 Operaciones Bancarias	82
4.2.2.1 Operaciones bancarias activas	82
4.2.2.2 Operaciones bancarias pasivas	83
4.2.2.3 Operaciones bancarias atípicas o neutras	83
4.3 CONTRATOS BANCARIOS	83
4.3.1 Concepto	83
4.3.2 Características de los contratos bancarios	84
4.3.3 Contenido de los Contratos Bancarios	89
4.3.3.1 Información Básica	89
4.3.3.2 Derechos y Obligaciones	91
4.3.3.2.1 Obligaciones del Banco	91
4.3.3.2.2 Derechos y obligaciones del cliente bancario	92
4.3.4 Principales Contratos Bancarios	93
4.3.4.1 Contrato de Cuenta Corriente	93
4.3.4.2 Contrato de Tarjeta de Crédito	96
4.3.4.3 Contrato de Préstamo	99
4.3.4.3.1 Contrato de Préstamo Hipotecario	104
CAPITULO V: ANÁLISIS DE LA LEY DE MORATORIA BANCARIA EN RELACIÓN A LA DOCTRINA DE LA IMPREVISIÓN	107
5. 1PROCEDENCIA DE LA LEY DE MORATORIA BANCARIA PANAMEÑA	107
5.2CONCEPTO DE MORATORIA BANCARIA	110
5.3ESTRUCTURA DE LA LEY	112
5.3.1 Beneficiarios	112
5.3.2 Alcance	114
5.3.3 Aplicación.....	116
5.3.4 Efectos	117
5.3.5 Regulación	118
5.4APLICACIÓN BANCARIA	119
5.5EFECTOS DE LA MORATORIA BANCARIA	124
5.6APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA IMPREVISIÓN EN LA LEY DE MORATORIA BANCARIA PANAMEÑA	126
CONCLUSIÓN	130
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	132

INTRODUCCIÓN

Esta investigación, tiene su fundamento en la crisis sanitaria, que ha recorrido la mayoría de los países del mundo, el corona virus o COVID-19, ya que, este fenómeno ha dejado grandes flagelos, entre ellos una crisis financiera que se ha extendido internacionalmente. Nuestra República, no escapa de esta realidad, porque son muchos los panameños que han perdido sus empleos, por esta circunstancia extraordinaria e imprevisible, ocasionándoles que no puedan hacerle frente a sus obligaciones financieras.

La situación financiera actual, ocasionó que nuestro país, creara la denominada “ley de moratoria bancaria” que supone un alivio económico, para las personas afectadas por la pandemia y la falta de ingresos que percibían antes de la crisis sanitaria. La ley de moratoria bancaria, concedió un término para que sus clientes, pudieran cumplir con las prestaciones debidas; tiempo en el cual, no se realizarían intentos de cobros por parte del banco, con la finalidad de que, una vez concluida la crisis sanitaria, retornaran a sus trabajos y obtuvieran recursos económicos para afrontar sus deudas.

La doctrina de la imprevisión, es una figura que representa perfectamente la situación que vivimos, al establecer que, ante circunstancias o hechos extraordinarios sobrevenidos, se produce una excesiva onerosidad en la prestación, que puede dar por terminado la relación contractual o realizar modificaciones en la obligación; debemos mencionar, que estos hechos no impiden totalmente el cumplimiento de la obligación, sino que lo dificulta.

Es por ello que, en esta investigación estudiaremos la figura de la doctrina de la imprevisión, relacionándolo con la ley de moratoria bancaria; y al finalizar este trabajo, la interrogante que deseo aclarar es ¿La ley de moratoria bancaria cumple con los fundamentos de la Doctrina de la Imprevisión?

El primer capítulo, se centra en el marco metodológico, es decir, todo lo relacionado con los trabajos previos que hagan alusión a mi investigación; los objetivos que deseo alcanzar; la metodología que aplicaré; y la importancia a nivel académico y social, que pueda tener mi investigación; la cual sin duda tendrá un impacto para las futuras generaciones, en caso de que ocurra una situación similar.

El segundo capítulo, versa sobre el marco teórico, donde explicare brevemente algunos conceptos o principios, que son necesarios conocer, antes de analizar de fondo el tema a debatir; tal es el caso, del principio *pacta sunt servanda*, el cual nos habla de esa obligación que tienen las partes contratantes de cumplir con lo establecido dentro del contrato; y de la cláusula *rebus sic stantibus*, “mientras se mantengan las cosas”, que viene a ser el antecedente de lo que conocemos hoy día como doctrina de la imprevisión. En este capítulo también veremos la diferencia entre la doctrina de la imprevisión y las figuras de fuerza mayor o caso fortuito, que, a diferencia de la doctrina de la imprevisión, imposibilitan del todo el cumplimiento de la obligación.

En el tercer capítulo, estudiaremos los aspectos generales de la doctrina de la imprevisión como su naturaleza jurídica, la cual es controvertida, ya que, por un lado, muchos juristas a lo largo de los años, han querido desvirtuarla. Por otro lado,

están los que sostienen que, la teoría de la equidad natural y la buena fe, son las que más engloban la finalidad de la imprevisión, ya que buscan establecer un equilibrio en la relación contractual y que cada parte en la misma, no se vea afectada por el actuar del otro. Así mismo, desarrollaremos las condiciones para que opere esta figura en el ámbito administrativo y civil, que son las áreas donde más se aplica la doctrina de la imprevisión.

El cuarto capítulo, está completamente dedicado al Derecho bancario, en donde conoceremos más sobre el manejo que tienen los bancos, en cuanto a sus clientes y las condiciones que establecen en sus contratos; esto, con la finalidad de determinar, si la ley de moratoria realmente es un mitigante de la crisis financiera para sus clientes o si lleva consigo una clara intención de proteger únicamente los intereses bancarios.

El quinto y último capítulo de esta investigación, se centra en un análisis jurídico, entre la ley de moratoria bancaria, la doctrina de la imprevisión y el comportamiento bancario actual; el cual, ayudará a entender el panorama bancario nacional, una vez culminada la pandemia y los bancos retomen el cobro de sus créditos, generando en el mundo jurídico, una evidente problemática, sobre a quiénes se le aplicaría la doctrina de la imprevisión y cómo se manejaría con las instituciones bancarias, en relación a estos hechos imprevisibles.

CAPÍTULO I: MARCO METODOLÓGICO

1.1 ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN

La Teoría de la Imprevisión surge de la necesidad de equilibrar las condiciones establecidas en un contrato, cuando por hechos extraordinarios e imprevisibles que no estaban contemplados, se vuelve más gravoso el cumplimiento del contrato para una de las partes. El académico y abogado chileno Rene Abeliuk la define como: “La facultad del deudor de solicitar la resolución o revisión del contrato de ejecución postergada cuando un imprevisto ajeno a la voluntad de las partes ha transformado su obligación en exageradamente onerosa”.

Esta teoría ha sido estudiada desde la época antigua a través del Derecho Romano; no obstante, no se concibió la figura como tal debido al principio “Pacta Sunt Servanda” el cual indicaba que los contratos están para cumplirse al tenor de los mismo, es decir, se debía cumplir con el contrato manteniendo las condiciones pactadas, esto debido a lo rígido que era el Derecho Romano sobre el cumplimiento de las obligaciones, pese a esto, se contempló excepciones por parte del pretor a esta regla, lo que ocasionó que se hicieran más estudios sobre esta base.

Posteriormente, esta teoría fue abordada por los postglosadores en la edad media, mediante sus glosas o anotaciones marginales o interlineales, mientras interpretaban las normas contenidas en el Derecho Romano, en materia contractual y la imprevisibilidad dentro del contrato, porque consideraban que el pretor también concebía la opción de ajustar la prestación, lo cual sería una excepción a la regla del cumplimiento estricto de una obligación, desarrollando así la “Rebus Sic

Stantibus”, que indicaba el cumplimiento de la obligación, mientras se mantuviera las condiciones o circunstancias que dieron origen a la misma, quiere decir, que si por alguna situación ajena a las partes las circunstancias hubieran cambiado, no se puede obligar al cumplimiento íntegro de la obligación, porque sería una situación que se escapa de la voluntad de las partes.

A pesar de que esta teoría tenía un buen fundamento, fue dejada por el principio de “autonomía de la voluntad privada”, principio que hasta la fecha es la base de los contratos civiles, permitiéndole a las partes pactar las condiciones que consideren necesarias para el cumplimiento de una obligación, por lo cual se les permitía a los contratantes realizar todos los cambios que quisieran dentro del contrato mientras no contravenga las leyes.

Los franceses fueron los que retomaron el estudio de la teoría de la imprevisión, debido a la guerra civil y los contratiempos que estaban presentando para el cumplimiento de las obligaciones, tomando en consideración que no era por “falta de voluntad que no se cumplía”, sino porque las circunstancias del periodo de guerra en que se encontraban hacían dificultoso su cumplimiento íntegro. A la luz de esta nueva realidad, se realizaron ajustes equitativos a los contratos, tomando en cuenta que la situación se volvió desfavorable para una de las partes y, por ende, en base a la justicia y equidad se debía realizar una adecuación con base a los acontecimientos sobrevenidos.

Esta situación, me traslada a la teoría de la “excesiva onerosidad de la prestación”, la cual fue estudiada por los italianos y se contempla en su Código Civil de 1942, como una forma de retomar las ideas contenidas en el principio “Rebus Sic Stantibus”; esta teoría tiene como punto de partida circunstancias ajenas a la voluntad, que ocasionan que la prestación u obligación se vuelva “demasiado costosa como para cumplirla” por lo cual se debía dar la rescisión del contrato o un ajuste equitativo de las condiciones en el mismo, para así, mantener un balance entre la situación sobrevenida a una de las partes y la prestación que debe realizar. En principio, no tenía relevancia esta teoría en América Latina, porque solamente se mantenía el principio de la autonomía de la voluntad, pero después de los efectos graves de la I y II guerra mundial, este tema ha tomado cada vez más importancia, porque se dificultaba para las personas pagar sus prestaciones o servicios, ya que muchos perdieron sus negocios o ingresos fijos, lo que ocasiono la búsqueda de soluciones que pudieran amortiguar la deuda y ayudar a la comunidad a salir de ese estado de emergencia en la que se encontraban.

Esteban Eduardo Magoja, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, hizo una investigación sobre la teoría de la imprevisión, siendo esta publicada en la revista de la universidad en 2012, bajo el tema “La teoría de la imprevisión: el gobierno de la equidad en la ejecución de los contratos”, el autor en este estudio concebía a la equidad como el “criterio rector e interpretativo para la ejecución de los contratos tras la incorporación de la teoría de la imprevisión”, esto debido, a que considera que, la equidad es la forma más eficiente de resolver los conflictos que surgen por situaciones imprevisibles y anormales que afectan el

cumplimiento íntegro de la obligación, porque toma en consideración el contexto social y económico de los contratantes y evita que exista injusticias propias del cumplimiento estricto del contrato. Quiere decir, que este autor, tiene la creencia que el fundamento de la doctrina de la imprevisión es la equidad, lo cual fortalece la concepción solidarista del derecho.

Rivera Restrepo, chileno civilista realizó un artículo en 2014 sobre la “Historia y fundamentos de la cláusula rebus sic stantibus (Teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española”, en donde hacía un análisis del origen de la doctrina de la imprevisión, indicando un caso en particular en donde el pretor otorgo una excepción al deudor cuando las condiciones que se habían pactado eran injustas para este, por lo cual, se hacía un ajuste que equiparara las condiciones del contrato, tomando en cuenta la situación de desigualdad que sobrevino en el ínterin del cumplimiento de una obligación. Esto deja en evidencia que se intentó abordar este tema, pese a los lineamientos tan rígidos de la época que era “cumplir la obligación de manera íntegra”, respetan los derechos del acreedor y garantizando el cumplimiento del contrato, además, indica que el fundamento de esta teoría no solamente se basa en la buena fe entre contratantes, sino también en la equidad natural que constituye la causa eficiente de lo que se conoce como ciencia jurídica.

Panamá, al igual que países como Perú, Argentina y Chile, contemplan la figura de la imprevisión desde la base de la “excesiva onerosidad por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles sobrevenidos”; esto se dio mediante la Ley 18 de 1992, la cual busca atender aquellos casos específicos en que no se puede cumplir la obligación porque las circunstancias o condiciones iniciales del contrato ya no

existen o han disminuido por causas ajenas a los contratantes; con esto no quiere decir que de manera deliberada se utiliza esta doctrina de la imprevisión, porque en efecto se debe cumplir las obligaciones de manera íntegra, no obstante, este supuesto es una excepción a esta regla, cuando realmente las situaciones sobrevenidas hagan dificultoso el cumplimiento de dicha obligación.

A la luz de lo mencionado, la realidad que vivimos actualmente no se escapa de esta “doctrina de la imprevisión”, porque la pandemia por covid-19 ha ocasionado un impacto financiero internacional que nos tomará muchos años restablecer, así lo señala la vicepresidenta de Crecimiento Equitativo, Finanzas e Instituciones del Grupo Banco Mundial, Ceyla Pazarbasioglu, diciendo “Las perspectivas dan mucho que pensar, ya que es probable que la crisis deje cicatrices difíciles de borrar y que plantee complejos desafíos mundiales. Nuestra primera prioridad es abordar la emergencia mundial en materia sanitaria y económica. Más allá de eso, la comunidad mundial debe unirse para lograr una recuperación lo más sólida posible e impedir que más personas caigan en la pobreza y el desempleo”.

En atención a este panorama financiero, Panamá busco una manera en la cual las personas que han sufrido pérdidas laborales (en claro detrimento de sus ingresos fijos), puedan hacerles frente a sus obligaciones, tomando en consideración la imprevisibilidad de los acontecimientos, que vuelven difícil el cumplimiento total de su prestación. Es allí, donde se crea la ley de moratoria bancaria, como una doctrina de imprevisión, la cual busca un alivio económico para las personas afectadas por la crisis sanitaria, y también garantizar que el sistema bancario no sea totalmente afectado por esta pandemia; esta iniciativa es lógica, porque si he perdido los

ingresos que poseía al momento de obligarme por razones ajenas a mi persona, y que afecta a la población en general, sería injusto que se le exija el cumplimiento íntegro de la obligación porque su estado actual no es el mismo que tenía al realizar el contrato, por ende, se busca equiparar las condiciones a fin de que tanto el deudor como el acreedor puedan ser beneficiados por las medidas tomadas.

1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Recordemos que la Ley 156 del 30 de junio de 2020, de moratoria bancaria se creó para resolver los problemas económicos sobrevenidos a la población panameña a causa de la pandemia; en cambio, la Doctrina de la Imprevisión busca resolver de manera permanente la excesiva onerosidad sobrevenida por acontecimientos imprevisibles, ya sea con la terminación del contrato o con un refinanciamiento de este. En base a esto, la interrogante que deseo aclarar al finalizar este trabajo es ¿La ley de moratoria bancaria cumple con los fundamentos de la Doctrina de la Imprevisión?

1.3 HIPÓTESIS DEL PROBLEMA

1.3.1 Hipótesis General

En este tiempo de pandemia, se debería aplicar la Doctrina de la Imprevisión, porque es un acontecimiento que nadie podía prever que sucedería y que ha dado lugar a despidos masivos, reducciones de jornadas y contracción de mercados (ventas), lo cual hace difícil el cumplimiento de todas las obligaciones, porque no

tienen los mismos ingresos que al comienzo de la relación contractual. Ante esta situación se hizo necesaria la creación de una ley de moratoria que atienda esos préstamos que se han dejado de pagar, por no tener los recursos necesarios para hacerle frente a su obligación. En relación con esto, mi hipótesis de investigación general es que, la ley de moratoria cumple con los fundamentos de la Doctrina de la Imprevisión, por lo que, no necesita la implementación de una nueva normativa.

1.3.2 Hipótesis Nula

La ley de moratoria bancaria panameña incumple con los fundamentos de la Doctrina de la Imprevisión, por lo cual, se hace necesaria la creación de una nueva ley o normativa, que realmente tome en consideración los acontecimientos sobrevenidos (como consecuencia de la pandemia), que ocasionan que, una prestación se vuelva excesivamente onerosa, trayendo como consecuencia una extinción de la obligación.

1.3.3 Hipótesis Alternativa

La ley de moratoria bancaria panameña atiende de manera parcial los fundamentos de la doctrina de la imprevisión, tomando en consideración los hechos extraordinarios sobrevenidos; sin embargo, no brinda una solución total y a largo plazo, para mantener una equidad jurídica contractual y resolver futuras circunstancias que dificultan el cumplimiento de una obligación.

1.4 OBJETIVOS OPERACIONALES

1.4.1 Objetivos Generales

- ✓ Determinar si la ley de moratoria bancaria atiende a la doctrina de la imprevisión

1.4.2 Objetivos Específicos

- ✓ Explicar la aplicación de la doctrina de la imprevisión en Panamá
- ✓ Investigar el comportamiento de los bancos, en relación a las deudas de sus clientes
- ✓ Distinguir entre la doctrina de la imprevisión, fuerza mayor y caso fortuito, los cuales son objeto de confusión en relación a su aplicación
- ✓ Revisar la jurisprudencia panameña en materia de doctrina de imprevisión
- ✓ Comparar la ley de moratoria bancaria con la doctrina de la imprevisión contenida en nuestra legislación.

1.5 JUSTIFICACIÓN

Esta investigación, tiene un valor fundamental a nivel académico y social, debido a que, es una situación que vivimos a nivel nacional e internacional. La crisis financiera, como consecuencia del covid-19, ha hecho que el gobierno se plantee nuevas formas para resolver los conflictos económicos que se han generado a toda la población panameña (ya que muchos han perdido sus empleos o cambiado sus jornadas laborales), lo que trae como consecuencia, que se dificulte el cumplimiento de las obligaciones.

A lo largo del tiempo, la historia nos ha mostrado que situaciones como las guerras, pandemias y conflictos a nivel mundial, hacen necesario que se estudie todo el conjunto de cosas y no solamente una parte del panorama. Siendo así, el área más afectada es la financiera (préstamos, créditos) por lo que, debe observarse desde una perspectiva global, que mantenga una equidad jurídica, y brinde seguridad a las personas más afectadas con estos hechos. Es por ello que, nuestra legislación debería adoptar mejores normativas, para aplicar correctamente los principios o fundamentos de la doctrina de la imprevisión, resolviendo cada caso en concreto, atendiendo a esos hechos imprevisibles y extraordinarios sobrevenidos.

Esta investigación busca poner en conocimiento a la sociedad, respecto de la aplicación de la doctrina de la imprevisión en tiempos difíciles, donde las obligaciones se han vuelto excesivamente onerosas, porque hay más deudas que ingresos, lo cual dificulta su cumplimiento íntegro. Lo cierto es que, una sociedad informada, es una población fuerte, con herramientas para enfrentarse a actos injustos; por eso, la intención de traer este tema es que las personas sepan que tienen una salida y que no deben someterse a obligaciones con condiciones desiguales, por hechos que escapan de su control y que no han podido preverse. Este trabajo también va destinado a concientizar a los entes gubernamentales y a las instituciones financieras, para que se tome en consideración dentro de su refinanciamiento, la doctrina de la imprevisión, a fin de solventar de manera equitativa las prestaciones debidas.

Por último, académicamente representa un reto, porque nuestra legislación solamente le dedica unos pocos artículos del Código Civil y es muy difícil aplicar la doctrina de la imprevisión, ya que el principio rector en materia de contratos, es que prima la autonomía de la voluntad de las partes, y por lo tanto, las obligaciones se cumplen en base a lo pactado; no obstante, el panorama que vivimos nos obliga a estudiar la aplicación de esta doctrina, para relacionarlo con las medidas bancarias que se están tomando para hacerle frente a los préstamos, tomando en consideración la situación financiera de cada caso en concreto. Es un trabajo que enriquecerá a las presentes y futuras generaciones, en caso de que se presenten situaciones similares en el futuro.

1.6 METODOLOGÍA

En principio, la metodología utilizada es la explicativa, porque estoy investigando la aplicación de la doctrina de la imprevisión en Panamá y la importancia de su utilización en este periodo de pandemia, la cual será crucial al momento de decidir sobre los contratos que se vuelven excesivamente onerosos; además, revisaré las jurisprudencias en materia de doctrina de imprevisión.

También emplearé el método descriptivo, porque evaluaré y describiré el comportamiento de los bancos en relación con la ley de moratoria bancaria y si se está tomando en consideración la doctrina de la imprevisión con los préstamos de sus clientes. Además, debo emplear el método histórico, porque se hace necesario conocer los acontecimientos que dieron origen a la doctrina de la imprevisión en

general, ya que la regla general es que “los contratos se cumplen íntegramente”, lo cual implica que hubo un momento en específico de la historia que hizo necesario que se replantease este principio general.

Por último, aplicare el método comparativo, porque realizare comparaciones entre la aplicación de la doctrina de la imprevisión y la forma en que se aplica la ley de moratoria bancaria, para así confirmar si se está empleando de manera correcta esta doctrina.

1.7 DELIMITACIÓN

En esta investigación, se utilizó como referencia los libros de Derecho Civil que tratan sobre la teoría de la imprevisión; además, a fin de ampliar el panorama, revise los estudios que se han realizado sobre este tema, a través de artículos de revistas jurídicas por profesionales del derecho.

Al estudiar este tema, es esencial conocer la opinión de la Corte Suprema de Justicia, porque el Código Civil puede contemplar la figura de la Doctrina de la Imprevisión, pero hay que conocer cómo se está aplicando la misma y en qué casos se utiliza más, por lo tanto, es imperativo conocer la posición jurisprudencial para saber la verdad practica en esta materia.

Por último, realizaré un estudio de la ley de moratoria bancaria en Panamá y también observare el comportamiento de los bancos (normas, acuerdos y leyes adoptadas) para saber si toman o no en consideración la Doctrina de la Imprevisión en sus préstamos (realizando refinanciamientos o adecuaciones de la deuda),

mitigando así lo excesivamente oneroso que se volvieron sus préstamos, producto de la crisis financiera que se está sufriendo como consecuencia de la pandemia.

1.8 ALCANCES Y LIMITACIONES

1.8.1 Alcances

El alcance de esta investigación es conocer el fundamento de la doctrina de la imprevisión y su aplicación real en el Derecho Positivo panameño; también, establecer un panorama claro en relación a la ley de moratoria bancaria, para así saber si se está tomando en consideración los acontecimientos imprevistos recientes, y también si se emplea el principio de equidad jurídica que debe existir en las relaciones contractuales.

1.8.2 Limitaciones

En relación a esta investigación, no se encontró mucho material panameño sobre el estudio de la doctrina de la imprevisión como unidad, sino como parte de los libros de obligaciones y contratos en materia civil. Aunado a esto, la jurisprudencia en esta materia es poca y va orientada a su aplicación en el ámbito contencioso-administrativo, lo que demuestra lo poco que se aplica en nuestra legislación. Por último, nuestro Código Civil solamente dedica unos pocos artículos a esta figura, lo cual dificulta su estudio.

1.9 APORTES

La contribución que desea realizar esta investigación es conocer frente a cuáles hechos o acontecimientos se aplica la Doctrina de la Imprevisión; diferenciándolo así de la fuerza mayor o el caso fortuito, que son figuras que generalmente tienden a confundirse en cuanto a su concepto y aplicación. Además, que las personas puedan conocer que, en casos como la pandemia, la ley nos protege, ante prestaciones injustas o desiguales, porque las condiciones (en este caso económicas) vigentes, no son las mismas que al momento de contraer la obligación.

Al finalizar este trabajo, no quedara duda del tratamiento legal que se le está dando a los préstamos bancarios y a sus clientes en general; así como la importancia de la aplicación de la Doctrina de la Imprevisión ante hechos o acontecimientos extraordinarios sobrevenidos ajenos a la voluntad.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2. 1 PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA

Esta investigación, tiene como punto de partida, el principio romano denominado “PACTA SUNT SERVANDA”, el cual en términos generales significa los contratos han de cumplirse; este principio era muy utilizado en el Derecho Romano, para obligar a las partes a cumplir con lo pactado, sin tomar en cuenta las circunstancias o hechos imprevisibles que pudieran ocurrir en el término del contrato, lo cual se contrapone a la Doctrina de la Imprevisión, razón por la cual, será estudiado.

Según la enciclopedia jurídica, este principio “es una regla tradicional la cual, jurídicamente, los pactos deben ser siempre cumplidos y cumplidos en sus propios términos. Constituye este principio general del Derecho una manifestación de la autonomía de la voluntad y el alma del negocio jurídico. Lo pactado debe guardarse. Principio de derecho en materia de contratos, según el cual todo convenio debe ser fielmente cumplido de acuerdo con lo pactado”.

El diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales de Manuel Ossorio, define este principio como “Locución latina. Los pactos deben mantenerse. Lo estipulado por las partes, cualquiera que sea la forma de la estipulación, debe ser fielmente cumplido; o sea que se ha de estar a lo pactado.

La locución y el concepto provienen de los canonistas medievales y constituyen reacción espiritualista frente al formalismo riguroso que imperó en el Derecho Romano. No obstante, la amplitud que este apotegma establece, se hallan implícitas

ciertas restricciones, como no violar normas de orden público ni quebrantar por ello las buenas costumbres (Ossorio, 2008)".

En la época antigua, con el Derecho Canónico, se utilizaba mucho este principio, porque existía un sentido de lealtad y respeto entre los habitantes, por lo que, ninguna de las partes que habían adquirido una obligación, podría desistir de ella hasta tanto no cumpliera con lo pactado, es decir, prima la responsabilidad y la fuerza obligatoria de los contratos, lo cual, imposibilita la terminación unilateral del mismo.

Este principio, guarda íntima relación con lo que conocemos hoy día, como el principio de la autonomía de la voluntad, la cual prima en materia de obligaciones contractual. Dicho principio, se refiere a la liberalidad que tienen las partes, en una relación contractual, para crear las condiciones o cláusulas que estimen conveniente para el mejor cumplimiento del contrato, mientras no sean contrarias a la ley; en donde, no debería existir intervención judicial, ya que se manifiesta la voluntad de los contratantes, y tal como se conoce, lo pactado es ley entre las partes y debe cumplirse.

Entre las opiniones de los juristas, se tiene que este principio de la autonomía de la voluntad fue desarrollado íntegramente por Kant, el cual consistía en el poder que tenían las personas para dictar sus propias normas morales, sin la intervención de personas ajenas a ellos, siempre que no estuviera contrario a la ley o a las buenas costumbres, es decir, cada uno individualmente tiene la facultad o el poder de dirigir su vida, conforme a sus propias convicciones.

ALESSANDRI define la autonomía de la voluntad como "la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración" (Alessandri Rodriguez, 1988). Quiere decir, que reconoce el poder que tienen los individuos de establecer las reglas o condiciones que regirán el contrato y los efectos de este.

El principio de la autonomía de la voluntad conlleva implícitamente, la libertad de contratación, en donde cada individuo, decide con quién quiere establecer una relación contractual y las condiciones necesarias, para el mejor cumplimiento del contrato. Bajo este principio, nadie está obligado a celebrar un contrato, sino que cada persona es libre de elegir, basándose en sus propias necesidades e intereses; y como consecuencia de ello, una vez celebrado el contrato, se dice que es fuerza de ley entre las partes, porque nadie lo obliga a contratar, es decir, es un acto de liberalidad de las partes, que brinda seguridad jurídica a los contratantes.

Debemos indicar que, la autonomía de la voluntad, es un principio que se encuentra limitado, por la ley, las buenas costumbres y la moral, esto debido a que, no se le puede dar toda la libertad a las partes de establecer sus cláusulas, porque puede ocurrir que la parte más poderosa económicamente en la relación, imponga condiciones que le sean más favorables, dejando desprotegida a su contraparte; tal es el caso de los contratos abusivos o con cláusulas oscuras, las cuales obligan a que exista una intervención judicial, cuya finalidad sería equilibrar las condiciones contractuales e imponer sanciones a aquellos que abusen de su poder, para beneficiarse.

Somos del criterio que, son principios obsoletos y en decadencia, ya que no se plantean situaciones extraordinarias e imprevisibles, ajenas a la voluntad de las partes, que cambian las circunstancias que se tenían al momento de celebrar el contrato y dificulten su cumplimiento. Siendo así, es un principio que se contrapone a la buena fe contractual (debe regir en todo contrato), debido a que, no toma en consideración otros factores para salvaguardar la relación contractual y mantener las mismas condiciones en el contrato.

2.2 PRINCIPIO DE EQUIDAD JURÍDICA

Entre los estudiosos del Derecho, se dice que la Teoría de la Imprevisión, se basa en el principio de equidad por lo cual, se hace necesario e interesante su estudio.

Etimológicamente, el término "equidad" proviene de la palabra latina "aequitas" que, a su vez, deriva de "aequo", que significa igualado, adecuado, equiparado. Se dice entonces, que la equidad, viene a proteger los intereses de las personas, corrigiendo las injusticias cometidas, desde una perspectiva más justa.

El diccionario jurídico elemental de Cabanellas define a la equidad como "la sombra del Derecho, si cuanto de ella se ha pensado y escrito desde los albores jurídicos de la humanidad no la presentaran como su luz o complemento, ante la oscuridad o desamparo de la norma legal o frente a rigores y estragos de su aplicación estricta" (Cabanellas, 1993).

El diccionario panhispánico define a la equidad como “principio de justicia material que debe ponderarse en la aplicación de las normas en atención a las circunstancias del caso”.

Según la enciclopedia jurídica, el concepto de equidad corresponde a dos acepciones propias. La primera, se identifica con la epiqueia aristotélica, que es la aceptada por nuestra doctrina cuando considera la equidad como un “instrumento de corrección de la ley en lo que ésta falle por su excesiva generalidad, adaptando el mandato normativo a las circunstancias concretas del caso específico”. En la segunda, se halla el concepto de la aequitas romano-cristiano, o instrumento de humanización de la norma en función de los méritos del caso concreto, señalando CORTS GRAU que la equidad no implica suavidad sino justeza; es la justicia del caso concreto.

El diccionario de Manuel Ossorio define a la equidad como “Justicia distributiva; es decir, la basada en la igualdad o proporcionalidad. Moderación en la aplicación de la ley, atemperando según el criterio de justicia el rigor de la letra” (Ossorio, 2008).

La equidad aristotélica, se centra en las ideas de Aristóteles de su obra Retórica, el cual es considerado como el primero en realizar un estudio filosófico profundo, acerca de todo lo que engloba la palabra equidad; es así, que concibe a la equidad como una manera de rectificación de la justicia, es decir, considera que lo equitativo es darle a cada uno lo que merece “lo justo”, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso. En ese sentido, podemos decir, que se protegen los intereses de todas las personas y no de unas cuantas; implica que, al momento de analizar un caso, veamos más allá de lo establecido por la ley y le busquemos un sentido más

práctico-social (el espíritu de la ley), a fin de que se logre disminuir las desigualdades que presenta la sociedad.

La concepción de la aequita romana, hacía alusión al “aequum” de cada caso, “lo justo”; lo concebían como la finalidad que debe alcanzar el Derecho; no obstante, decían que el aequum se contrapone al ius, porque no siempre el derecho es justo, por lo que puede estar separado de la equidad; a pesar de ello, consideraban que la aequita es un principio correctivo por la aplicación pura del Derecho, cuando la misma cause desigualdades en el ámbito social-jurídico. Los jurisconsultos romanos decían, que la norma debe atender a una realidad social, y que a través de la aequita se pueden realizar grandes reformas legislativas, que beneficien al conglomerado de la sociedad.

En definitiva, podemos entender a la equidad, no como una forma de desvirtuar la norma ni de evadirla, sino que viene a darle sentido a la misma, protegiendo los intereses de cada individuo, y aplicándole “lo justo” a cada situación en particular. Quiere decir, que la equidad tiene un carácter correctivo de la ley, que impide la aplicación de normas que generen desigualdades sociales. Es por ello, que la doctrina en general, señala a la equidad jurídica, como la base de la doctrina de la imprevisión, porque su finalidad es darle lo justo a cada uno, dependiendo de las circunstancias que se puedan generar en el momento, es decir, observa el panorama completo en la relación contractual, para revisar que las condiciones sean las mismas durante el cumplimiento del contrato, generando así, una verdadera seguridad jurídica para las partes.

2.3 CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS

La cláusula rebus sic stantibus, se considera una excepción al principio “pacta sunt servanda”, que establece que, si bien los contratos deben cumplirse, se debe hacer bajo la esfera de “mientras se mantengan las condiciones”, quiere decir que, para exigir el cumplimiento del contrato, ambas partes deberán mantener las mismas condiciones que tenían al momento de celebrarlo. Esta cláusula es el inicio de lo que conocemos como “Doctrina de la Imprevisión”, la cual, tiene su fundamento en el principio de equidad jurídica, porque busca corregir ese desequilibrio ocasionado por circunstancias imprevisibles determinadas, que ocasionan que se vuelva excesivamente onerosa para una de las partes la obligación contraída.

La enciclopedia jurídica la define como una “ Cláusula que permite la revisión de los contratos cuando, debido a la concurrencia de circunstancias nuevas respecto a las existentes en el momento de celebración del contrato y que son imprevisibles, las prestaciones de alguna de las partes han devenido excesivamente gravosas, rompiendo el equilibrio económico del contrato”.

La expresión "Rebus sic stantibus" es la forma abreviada del principio en su formulación original: "Contractas que habent tractum succesivum vel deperentia de futuro rebus sic stantibus intelliguntur", que consagraba la doctrina, para los contratos de prestaciones periódicas o de plazo diferido, que significa “los contratos de tracto sucesivo y que dependen de futuro se entienden celebrados por las partes en la inteligencia que permanezcan las cosas en el mismo estado”; es decir, contemplaba una solución en caso de que se produjera alteraciones significativas en las condiciones que tenían las partes, al momento de celebrar un contrato.

El diccionario de Manuel Ossorio identifica a la cláusula rebus sic stantibus de la siguiente manera: “En los contratos, especialmente si son de tracto sucesivo, se sobreentiende que su subsistencia está supeditada a la permanencia, por lo menos esencial, de los motivos o circunstancias que originaron el pacto. La locución latina puede traducirse por “continuando así las cosas”; es decir, manteniéndose como estaban al celebrarse el contrato. De ello se deduce que, lo mismo que en la imprevisión, no cabe compeler al cumplimiento de la obligación concertada en época normal, si, a la fecha de su ejecución, circunstancias extraordinarias imprevisibles hacen que la prestación resulte excesivamente ruinosa o gravosa para el obligado o, posiblemente, para el acreedor (Ossorio, 2008)”.

De las definiciones mencionadas, podemos determinar que, la cláusula “rebus sic stantibus” es una forma que tienen las partes o un juez, para entrar a regular el principio de autonomía de las partes, revisando las circunstancias o hechos, que originaron la relación contractual, impidiendo que se exija su cumplimiento, si han ocurrido cambios sustanciales o significativos en las condiciones del contrato.

En la época antigua, juristas como Ripert estuvieron en contra de este principio, porque consideraban que debía respetarse el acuerdo realizado entre las partes, ya que ellas habían establecido condiciones o cláusulas que atendían a circunstancias sobrevenidas que pudieran afectar la obligación y, por ende, es una figura innecesaria en el mundo jurídico. Pese a ello, los efectos adversos ocasionados por las Guerras Civiles, ocasionó que se hiciera un análisis exhaustivo de esta figura, ya que se contemplaba como una solución frente a los problemas económicos que tenía la población en ese periodo de tiempo y posterior a este.

Luis Diez-Picazo, en su libro de ensayos jurídicos, nos relata, que la doctrina y la jurisprudencia de la época, estableció ciertos requisitos para que se pudiera aplicar esta excepción al cumplimiento obligatorio de la obligación, entre esos:

1. La obligación contemplada debe ser de tracto sucesivo, es decir, que su cumplimiento sea periódico, por un período duradero.
2. La obligación ha de encontrarse pendiente de ejecución en todo o en parte, es decir, que, en las obligaciones ya ejecutadas, no se puede aplicar esta cláusula.
3. Debe existir una alteración de las circunstancias de manera extraordinaria, que cause una afectación considerable al negocio jurídico; en ese sentido, se dice que la obligación se ha vuelto excesivamente onerosa para una de las partes, por lo que es injusto para aquella su cumplimiento total.
4. La alteración sobrevenida debe ser producto de un hecho imprevisto o imprevisible por las partes al momento de celebrar el contrato; quiere decir, que no deben ser producto del riesgo natural del contrato, como sería el caso de un contrato aleatorio, el cual, lleva consigo un riesgo de cumplimiento, toda vez que, no hay certeza si se va a cumplir o no la condición, que dio origen al contrato (Diez-Picazo, 2011).

No cabe duda, que el fin perseguido por esta cláusula, es reestablecer el orden de las condiciones en los contratos, que se han visto afectados por la aparición de circunstancias extraordinarias, ajenas a su voluntad, que dificultan el cumplimiento de la obligación, es decir, busca equilibrar la relación contractual, afectada por el hecho extraordinario sobrevenido. En ese sentido, debemos resaltar el sentido

protector que tiene esta cláusula, con relación a la parte más afectada con el hecho imprevisible, basándose en un principio de equidad jurídica.

2.4 DISTINCIÓN ENTRE LA DOCTRINA DE LA IMPREVISIÓN, CON LAS FIGURAS DE CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR

Se tiende mucho a confundir estos conceptos, porque se refieren a hechos imprevisibles, que traen consigo la extinción o modificación de una obligación.

Al respecto, nuestro Código Civil los define como:

Artículo.34-d. Es fuerza mayor la situación producida por hechos del hombre, a los cuales no haya sido posible resistir, tales como los actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos, el apresamiento por parte de enemigos, y otros semejantes.

Es caso fortuito el que proviene de acontecimientos de la naturaleza que no hayan podido ser previstos, como un naufragio, un terremoto, una conflagración y otros de igual o parecida índole”.

La doctrina en general señala que el caso fortuito y la fuerza mayor, son causales de exoneración de responsabilidad contractual, porque las consecuencias por hechos imprevisibles, no se le pueden atribuir a una persona determinada, lo que implica que se rompe el nexo causal, y, por ende, nadie está obligado a responder por ellos. Se dice entonces, que nadie responde por los acontecimientos ocurridos,

de manera imprevista e inevitable, ya que son hechos ajenos a nuestra voluntad, que imposibilitan el cumplimiento de una obligación.

El profesor Trujillo y Valencia, en su obra "*Manual de Obligaciones*", citando al profesor Tamayo Jaramillo indican que: lo que le da esa especial característica de fuerza mayor o caso fortuito a un evento de la naturaleza no es la fuerza, espectacularidad o subitaneidad con que este se produzca, sino su imprevisibilidad o irresistibilidad para el agente causante del daño, que es en la responsabilidad contractual del deudor. Por lo tanto, cualquier evento por insignificante que sea, puede ser causa extraña, a condición de que reúna las características que para tal efecto contempla el legislador (Valencia Moreno & Virgilio, 2011)".

Para Jorge López Santa María, la teoría de la imprevisión estudia los supuestos bajo los cuales los jueces estarán autorizados para prescindir de la aplicación del contrato al pie de la letra, y el estudio de las soluciones posibles al desajuste producido. Estas soluciones son fundamentalmente dos: la revisión judicial de los contratos y la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida (López Santa María & Elorriaga De Bonis, 2017) .

De las definiciones mencionadas, tenemos que, el caso fortuito hace alusión a esos hechos imprevistos de la naturaleza y la fuerza mayor a los hechos del hombre, que son irresistibles; siendo así, no se le puede exigir su cumplimiento, dado que, existe un hecho o circunstancias ajenos a ellos, que hace imposible su ejecución.

En materia contractual, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, son eximentes de responsabilidad, porque se refieren a hechos que imposibilitan absolutamente la

ejecución de las prestaciones libremente consentidas; en cambio en la Doctrina de la Imprevisión, nos referimos a acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que dificultan el cumplimiento de la obligación, por lo que se hace necesario equilibrar las condiciones contractuales, para evitar esa excesiva onerosidad de la prestación sobrevenida.

Podemos apreciar que, en la doctrina de la imprevisión, a diferencia del caso fortuito o fuerza mayor, pese a que el hecho sea imprevisible e irresistible, no implica necesariamente que no se pueda cumplir la obligación, sino que debe adecuarse la obligación contractual original, para disminuir las consecuencias de ese acontecimiento imprevisto y extraordinario; es decir, el caso fortuito y la fuerza mayor extinguen totalmente el cumplimiento del contrato, mientras que la imprevisión, dificulta que se pueda cumplir íntegramente, según lo pactado.

2.5 APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA IMPREVISIÓN EN PANAMÁ: RECONOCIMIENTO Y APLICACIÓN

Sobre la aplicación de la Doctrina de la Imprevisión en Panamá, se han planteado 3 posiciones entre los juristas:

En primer lugar, se plantea la tesis de ser completamente inadmisibles esta teoría en nuestro sistema, puesto que el principio *pacta sunt servanda* aparece como inmutable. En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico tiene como principio rector contractual, la autonomía de la voluntad de las partes, por eso, para algunos juristas, resulta improcedente la intervención judicial, aun en casos de imprevisión,

porque las partes pueden ponerse de acuerdo y modificar las condiciones del contrato.

Una segunda posición, considera que esta teoría es posible a nivel doctrinario, reuniéndose los requisitos exigidos para ello; sin embargo, se hace imposible aplicarla a un caso concreto, porque generalmente no hay injerencias en materia contractual; por ende, como estudio jurídico si pudiera realizarse, pero no praxis habitual en el mundo jurídico panameño contractual.

En tercer lugar, se encuentran quienes consideran que la teoría de la imprevisión es perfectamente aplicable, reuniéndose los requisitos que la configuran. En este sentido, el artículo 1161a y subsiguientes del Código Civil, hace referencia a la terminación del contrato por excesiva onerosidad, señalando las condiciones para que opere, y entre estos señalan que exista un “acontecimiento extraordinario e imprevisible”, lo cual afirma, aunque sea someramente, la existencia de la doctrina de la imprevisión en nuestro ordenamiento jurídico, basándose en un principio de equidad jurídica.

En cuanto al reconocimiento, de la doctrina de la imprevisión, en Panamá, debemos indicar que, se reconoce esta figura en materia contractual civil y en jurisprudencia de lo contencioso administrativo, atribuyéndole a esa relación contractual la posibilidad de ser revisada, cuando ocurran hechos imprevisibles y extraordinarios que dificulten cumplir la obligación pactada. Este reconocimiento consagra ciertos requisitos para que pueda ser aplicada, por lo que, no es ampliamente utilizado, sino en circunstancias que realmente lo ameritan, tal como indica nuestro ordenamiento jurídico. Más adelante abordaremos a profundidad este tema.

2.6. LOS HECHOS IMPREVISIBLES EN LA CONTRATACIÓN Y OPERACIÓN BANCARIA. LA ACCIÓN DE LA BANCA. LA REACCIÓN

A lo largo de los años, predomina que la reacción bancaria es de “evitar perder”; en los casos donde ha existido guerras y otros hechos extraordinarios, totalmente ajenos a la voluntad de los usuarios, siempre ha primado la obligación de los clientes de saldar sus deudas, ya sea en plazos o arreglos, pero la relación contractual se mantiene, lo único que cambia es la forma de pago.

En este sentido, señalan los estudiosos, que los bancos son las únicas instituciones capaces de crear liquidez tomando en cuenta los recursos reales existentes, por eso, pese a la situación económica que pueda existir en un momento específico, el sistema bancario no puede quedarse detenido, siempre está en constante movimiento. En ese sentido, se hace casi imposible que se aplique una terminación contractual bancaria, por algún hecho extraordinario e imprevisible, que dificulte el pago de dicha prestación.

Por ello, los contratos bancarios siempre tienen cláusulas que hacen alusión a esos acontecimientos que pueden afectar la prestación, lo cual, indudablemente demuestra la inclusión de la doctrina de la imprevisión en sus contratos, al menos desde su propia perspectiva; esto debido a que, la interpretación de esos contratos siempre será en favor de las instituciones bancarias, quienes establecerán las nuevas condiciones a regir dentro del contrato. Incluso la regulación y supervisión bancaria exigen la instauración de estas cláusulas.

No cabe duda, que el sistema bancario, está en un flujo continuo, que no se detendrá por hechos como la pandemia, en donde se afecta las condiciones económicas de la mayoría de la sociedad, porque siempre van a desarrollar nuevas condiciones o formas de pago, para no alterar la obligación primaria y así, proteger sus propios intereses; no debemos olvidar que, al igual que los usuarios o consumidores, los bancos son deudores y también deben cumplir con las necesidades o expectativas financieras. En ese sentido, podemos afirmar que el área bancaria, no descartaría la doctrina de la imprevisión, siempre que pueda ser viable para recibir la prestación debida. La pregunta interesante sería, ¿podría aplicarse íntegramente la doctrina de la imprevisión en el ámbito contractual bancario, la cual favorezca más a los clientes? Al final de esta investigación, será desarrollada esta pregunta.

CAPÍTULO III: ASPECTOS GENERALES Y APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA IMPREVISIÓN EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA

3.1 ASPECTOS GENERALES DE LA DOCTRINA DE LA IMPREVISIÓN

3.1.1 Origen de la Doctrina de la Imprevisión

3.1.1.1 Derecho Romano

La teoría de la imprevisión tiene su origen en el principio “rebus sic stantibus”, que significa “siempre que se mantengan las cosas así”. En cuanto a su origen, existe conflicto entre los juristas, ya que unos consideraban que se dio en el Derecho Romano, como una cláusula y otros como un simple medio que utilizaba el pretor, para corregir la rigidez de los contratos, cuando el resultado fuera injusto para una de las partes.

En el Derecho Romano, imperaba el principio pacta sunt servanda, entendido como “los contratos están para cumplirse”, el cual implicaba la obligación de las partes, de cumplir con lo establecido dentro del contrato; por lo tanto, no hay evidencias sustanciales, de la existencia del rebus sic stantibus en el Derecho Romano. Hay quienes aseguran que el pretor a través de la “bona fides”, es decir, la buena fe, podía modificar o alterar los contratos, cuando la obligación se volviera injusta para una de las partes, pero no como una cláusula implícita en el contrato, ya que muy poco se intervenía en la relación contractual.

3.1.1.2 Derecho Canónico (Siglos XII-XIV)

Hay quienes consideran, a los canonistas, como los autores de la doctrina de la imprevisión, toda vez, que, basados en las ideas de San Agustín, Graciano, Bartolomé de Brescia y Tomás de Aquino, pudieron darle forma a esta teoría; los canonistas consideraban injusto mantener las relaciones contractuales, cuando claramente representaban un mayor detrimento económico para una de las partes, es decir, el derecho canónico con fundamento en la moral cristiana, condenaba las figuras como la usura y el enriquecimiento injustificado, a costa de la afectación de otra persona; se trataba de una consideración puramente moral y no jurídica, nacida de la equidad, que desarrollaba el mandato que prohibía la usura a expensas del otro.

Estos autores, creían que la obligación adquirida, solamente se podía cumplir, siempre y cuando “nada haya cambiado” o “mientras se mantengan las cosas así”, es decir, que las condiciones que dieron origen a la relación contractual debía mantenerse a lo largo del cumplimiento del mismo, sino se podía rescindir o modificar, a fin de no afectar o imponerle una mayor carga a la persona desfavorecida con la relación contractual; siendo ello así, se entendía que existía en los contratos, una cláusula implícita denominada “rebus sic stantibus”, que contemplaba la imprevisión o excesiva onerosidad sobrevenida en las relaciones contractuales, ajena a la voluntad de las partes.

3.1.1.3 Derecho Postglosadores (Siglos XIV-XVI)

Los postglosadores, fueron quienes retomaron las ideas canonistas y realmente formalizaron la cláusula “Rebus sic stantibus” y la empezaron a aplicar en las relaciones contractuales, basándose en el principio de equidad y buena fe contractual; esta cláusula se entendía implícita o incorporada a todos los contratos, sin necesidad de pactarlo, es decir, si las circunstancias extraordinarias sobrevenidas, afectaban el cumplimiento de una prestación, se deducía que esa obligación podía ser modificada o alterada, en base a una equidad contractual.

Baldo de Ubaldis, creía que la aplicación de la cláusula se extiende a las promesas de contrato, lo cual, implicaba una protección previa a la formalización del contrato, por si ocurría algún suceso que alterara las condiciones que dieron origen a la promesa de contrato. Sin embargo, no todos estaban de acuerdo con esta cláusula, ya que iba en contra del principio rector “pacta sunt servanda”, que obligaba a las partes a cumplir con lo pactado. Muchos autores de la época afirman que su aplicación deliberada, conduce a la práctica abusiva de la misma, por lo que, debería ser utilizada excepcionalmente y para casos en concreto, tal como se conoce hoy día.

3.1.1.4 Auge y decadencia

La Edad Media represento el mayor auge de la cláusula “rebus sic stantibus”, tal como indica Rivera Restrepo en su obra, Historia Y Fundamentos De La Cláusula Rebus Sic Stantibus (Teoría De La Imprevisión), en donde indica que, “La Edad

Media, lejos de ser un período oscuro para la humanidad, a lo menos en el campo del Derecho Civil, constituyó un período extraordinariamente importante en lo que atinge a la cláusula rebus sic stantibus. En el Derecho medieval, como dice Larenz, mientras “el Derecho romano todavía se aplicaba y evolucionaba en Bizancio, en Occidente, con el redescubrimiento del Corpus iuris por la Escuela de Bolonia, se produce un renacimiento de sus estudios y florecen las escuelas de los glosadores, de los doctores y de los posglosadores, que trabajan activamente sobre los textos del Digesto. En ese momento, y especialmente por la tarea de Bartolo, aparece lo que podemos considerar el antecedente más antiguo de la imprevisión, con la formulación de la llamada cláusula rebus sic stantibus, que se consideraba implícita, y exigía el mantenimiento del contrato mientras las cosas (rebus) siguieran siendo lo que eran al contratar (sic stantibus)” (RESTREPO, 2014).

No cabe duda, que la doctrina en general ha indicado que la Edad Media, represento el esplendor de esta figura; sin embargo, al tener un auge tan impresionante, provoco que las personas sintieran inseguridad al momento de contratar, ya que aplicaban de manera deliberada esta cláusula que consideraban implícita en todos los contratos. Así las cosas, con la llegada del Racionalismo Positivista (fines del siglo XVIII y principios del XIX), surgió la figura de la autonomía de la voluntad, en donde las partes libremente podían decidir o pactar que, en caso de ocurrir algún hecho imprevisible, se podrán aplicar determinadas condiciones, la cual no estaba sujeta a intervención de los jueces, lo que brindó seguridad jurídica a los contratantes. Sin duda, el surgimiento de la autonomía de la voluntad, junto con el uso excesivo de la cláusula rebus sic stantibus, y la desconfianza de los

revolucionarios hacia la misma, por tener principios vagos y alejados de la estabilidad jurídica, que pretendía la época, provocó el deterioro de esta figura.

3.1.1.5 Resurgimiento en el Derecho Moderno

Algunos juristas, enfatizan que, el resurgimiento de la cláusula *rebus sic stantibus*, se debe a los efectos que dejó la Primera Guerra Mundial, donde Francia, por ejemplo, reconoció esta figura, para disminuir los efectos de la guerra; quiere decir, que, pese a que exista como principio rector la autonomía de la voluntad, fundamentados en el interés público, se abrazó nuevamente la figura de la doctrina de la imprevisión.

Es así, que la doctrina en general, señala al Código Italiano de 1942, como transmisor de la Doctrina de la imprevisión al consagrarlo de la siguiente manera: “Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’”; estableciendo requisitos o condiciones necesarias para su aplicación, para evitar el abuso grave de la doctrina de la imprevisión.

Este reconocimiento en su codificación provocó que otros países del mundo, entre ellos América Latina, incluyeran en su normativa, la doctrina de la imprevisión, bajo la misma premisa del Código Italiano, el cual, se basó en los contratos de ejecución continua o periódica, y así ha permanecido hasta nuestros días.

3.1.2 Concepto

La Real Academia Española define a la imprevisión como “falta de previsión”; palabra que, a su vez, significa “acción de disponer lo conveniente para atender a contingencias o necesidades previsibles”. Así las cosas, podemos entender, que la imprevisión se refiere a esos factores o hechos futuros que se escapan de nuestro conocimiento, es decir, no pudimos prever que ocurrirían.

El diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales de Manuel Ossorio define a la imprevisión como “Ausencia o falta de previsión. En los contratos a largo plazo pueden producirse riesgos imposibles de prever en el momento de celebrarse y que traen como consecuencia un excesivo gravamen en su cumplimiento para una de las partes. Esa circunstancia hace posible la revisión del convenio, si bien algunas legislaciones no admiten esa revisibilidad de lo pactado y mantienen el principio *rebus sic stantibus*” (Ossorio, 2008).

Rene Abeliuk la define como “la facultad del deudor de solicitar la resolución o revisión del contrato de ejecución postergada cuando un imprevisto ajeno a la voluntad de las partes ha transformado su obligación en exageradamente onerosa” (Abeliuk, 1993).

El centro de información jurídica de Costa Rica define a la Doctrina de la Imprevisión como “aquella que tiende a permitir que pueda ser pedida la revisión o la resolución de un contrato cuando, acontecimientos posteriores que escapen a toda previsión en el momento de la conclusión del contrato, hagan su ejecución extremadamente onerosa o desfavorable para alguno de los contratantes”.

Herrera Espinoza y Guzmán García la definen como “esta teoría parte de la innegable de la fidelidad al contrato y de la fuerza obligatoria del mismo, lo cual se puede alterar a través de la liberación de la vinculación contractual en los casos en que sobrevienen circunstancias extraordinarias que han sido para los contratantes “imprevisibles”. (Herrera Espinoza & Guzmán García, 2014)

Según Cabanellas, se conoce con el rótulo de teoría de la imprevisión “la posibilidad de modificar, por evidente lesión económica para el acreedor, ciertos contratos de tracto sucesivo o distanciados entre el convenio y el cumplimiento por un plazo durante el cual se han alterado, por causas ajenas a las partes, las circunstancias originales”.

Nuestro Código Civil, no define la Doctrina de la Imprevisión, sin embargo, podemos entender del artículo 1161-A, que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la imprevisión al señalar que “si la prestación de una de las partes llegare a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá pedir la terminación del contrato”.

En síntesis, podemos definir a la doctrina de la imprevisión, como una forma de alterar o modificar las condiciones de un contrato, cuando haya sobrevenido hechos o circunstancias extraordinarias, que afectan la relación contractual y que no se han podido prever por las partes. Sin duda, es una causal que se aplica excepcionalmente por la mayoría de los países, pero que es necesaria incluirla en los ordenamientos jurídicos, para mantener el principio de equidad y buena fe contractual, cuando los hechos o circunstancias lo ameriten.

3.1.3 Naturaleza Jurídica

Existen algunas teorías que tratan de explicar el fundamento o la naturaleza de la Doctrina de la Imprevisión, por lo que pasaremos a estudiarlas.

3.1.3.1 Teoría de la Buena Fe

Rivera Restrepo señala, que la buena fe aparece como el eje central en que se funda la cláusula rebus sic stantibus, toda vez que ella constituye el principal fundamento de los fallos de tribunales alemanes y españoles, que han acogido la cláusula rebus sic stantibus. Continúa señalando que, la buena fe no sólo justifica la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, sino que también establece la conducta a seguir por el juez, porque se dice que se debe buscar primero el restablecimiento del equilibrio roto, y sólo cuando este no se pueda restablecer, entonces el juez debe proceder a declarar la resolución del contrato.

La buena fe se entiende contemplada en todos los contratos, ya que mantiene la honradez y rectitud en la relación contractual; no busca solamente el cumplimiento taxativo de lo acordado, sino que las partes se comporten con lealtad, sin realizar actos que afecten a su contraparte. Por eso, muchos juristas consideran que esta doctrina tiene su fundamento en la buena fe, al igual que ocurría en la época antigua, ya que es la mejor forma para contrarrestar el principio de la autonomía de la voluntad.

3.1.3.2 Teoría de la voluntad real de los contratantes

Esta teoría plantea, que al momento de interpretar o revisar un contrato, se debe hacer en base a la verdadera intención de los contratantes, es decir, se le debe dar el sentido más razonable al contrato, para que no afecte a ninguno de los contratantes. En ese sentido, Restrepo nos indica que “la cláusula rebus sic stantibus, se centra en el sistema subjetivo de interpretación, la cual tiene de fundamento la justicia, ya que intenta determinar qué es lo que realmente buscaban obtener las partes con la celebración del contrato. Es decir, según mi opinión, el juez debe indagar en la mente de los contratantes, principalmente a través de presunciones, estableciendo el querer interno o intención real de los mismos”.

Esta teoría me remonta a la interpretación de los contratos, cuando se busca la verdadera voluntad de las partes, es decir, observar los comportamientos o la consecución de los actos que hicieron las partes, para surgir a la vida jurídica ese contrato. No es que el juez lo interpreta a su placer, sino que, en base a un criterio de interpretación, procederá a determinar la intención real del contrato; y tal como se ha indicado en nuestra legislación, cuando haya oscuridad en las cláusulas del contrato, no se podrá favorecer a la parte que la impuso.

3.1.3.3 Teoría de la Equidad Natural

La enciclopedia jurídica define a la equidad como “la técnica jurídica que permite la aplicación de la ley o la aplicación del Derecho flexibilizándolos de manera que la

solución dictada tenga más en cuenta las circunstancias particulares del caso que el principio de igualdad ante la ley, con el fin de que dicha solución sea justa”.

Rivera Restrepo, indica que la equidad natural “es una virtud que nos permite distinguir entre lo justo y lo injusto, entre lo bueno y lo malo, que se traduce en un sentimiento espontáneo, emanado de la naturaleza humana, que sirve para corregir los vicios o defectos del Derecho positivo. Ahora bien, en general, la doctrina ha dicho que la equidad natural, con relación a la cláusula *rebus sic stantibus*, tiene una doble finalidad: autorizaría al tribunal para proceder a la revisión de las cláusulas contractuales, constituyendo una excepción al *pacta sunt servanda* y, en segundo lugar, como una forma de restablecer el equilibrio conmutativo roto en el contrato” (RESTREPO, 2014).

La equidad permite que se mantenga un equilibrio en las relaciones contractuales, se dice que es un principio que va enlazado con la buena fe contractual, ya que impiden que se realicen actos o cláusulas que afecten gravemente a una de las partes. En ese orden de ideas, podemos entender, que la razón de la equidad natural impide que se exija el cumplimiento de una obligación, cuando han sobrevenido circunstancias que alteran las condiciones que se tenían al momento de formalizar el contrato; y esto no como una forma de premiar el incumplimiento del contrato, sino para mantener un balance en la relación contractual, observándolo como un todo y tomando las circunstancias especiales de cada caso.

3.1.3.4 Teoría de la Causa

Rivera Restrepo nos indica que “la doctrina, en general, ha entendido que la causa debe mantenerse durante todo el ínterin de la relación contractual. Por ello, si desaparece la causa por circunstancias imprevisibles para las partes al momento de celebrar el contrato, entonces, el mantenimiento del contrato se opone al propósito negocial”. Nos continúa diciendo que, en síntesis, cuando varían esencialmente las circunstancias fácticas existentes al momento de la celebración del contrato, de tal forma que “al momento de cumplir con las obligaciones emergentes de dicho negocio, las circunstancias de hecho le imponen a una de las partes una carga excesiva, que no podía ser prevista al tiempo de la celebración del contrato, entonces, ha desaparecido la base de dicho negocio jurídico” (RESTREPO, 2014).

Quiere decir, que se perdería la razón o el motivo por el cual se mantiene la relación contractual; así ocurre cuando acontecen situaciones que son imposibles de prever, que afectan la obligación pactada, lo cual elimina el interés o la razón de la parte agraviada de continuar con el contrato; así entra la cláusula *rebus sic stantibus* a corregir o modificar las condiciones, a fin de que no se elimine la causa del negocio jurídico.

Desde mi perspectiva, el fundamento de la doctrina de la imprevisión está íntimamente relacionada con la teoría de la buena fe y la equidad natural, ya que son principios que se contraponen a la autonomía de la voluntad de las partes (en su sentido abusivo), y buscan mantener un equilibrio en la relación contractual, apreciando los hechos y las circunstancias de los contratantes, a fin de evitar un

detrimento económico significativo para la parte contractualmente afectada. Esto debido a que, la parte más poderosa en un contrato es la que establece las cláusulas que considera “más convenientes” a sus intereses, sin preocuparse por el bienestar de la otra parte; y es allí donde entra estos principios a equilibrar la relación contractual.

3.1.4. Requisitos Generales

Como hemos aprendido, la doctrina de la imprevisión no debe ser utilizada de manera deliberada en cualquier situación; por ello, es menester conocer cuáles son los requisitos esenciales para su aplicación. Entre ellos tenemos:

- **El acontecimiento debe ser imprevisto y extraordinario.** Siempre que se habla de la teoría de la imprevisión, debemos entender que se hace en base a un hecho o suceso que no se ha podido prever y que aun sabiéndolo, no se conocía la intensidad de la misma; por ejemplo, la pandemia, quién iba a imaginar que ocurriría un fenómeno así o que tendría un impacto tan grande en la economía mundial; o en el caso de la primera y segunda guerra mundial, en donde los gobiernos tuvieron que buscar soluciones inmediatas a las deudas contraídas producto de la guerra.

Siendo así, este requisito es fundamental, para aplicar la doctrina de la imprevisión, ya que ninguna de las partes, tendría conocimiento del hecho o acontecimiento, que alteraría las condiciones dentro del contrato, provocando una modificación o extinción de este (dependiendo del caso); por lo tanto, no

han de tenerse en cuenta las transformaciones de las circunstancias que se previeron o que se dieron por culpa de la parte perjudicada.

- **Debe afectar la economía del negocio jurídico.** La alteración sobrevenida, debe ocasionar un perjuicio grave a la parte afectada económicamente, a fin de que no se le pueda atribuir responsabilidad por ese hecho o acontecimiento extraordinario; quiere decir, que ese acontecimiento debe afectar gravemente las condiciones económica de uno de los contratantes, para que se pueda aplicar la doctrina de la imprevisión y entrar a modificar las condiciones de este.

En ese sentido, se habla de una excesiva onerosidad en la prestación, ya que al no tener las mismas condiciones económicas que al momento de obligarse, ocasiona que esa parte afectada, no pueda hacerle frente a su obligación y se convierta en una relación contractual desequilibrada e injusta para aquella.

- **Debe ser ajeno a la voluntad.** Cuando hablamos de la imprevisión, nos referimos a hechos que no pueden ser atribuidos a ninguna de las partes, por lo que, son situaciones ajenas a ellas, que ocasionan una alteración en las condiciones del contrato. Luis Díez- Picazo, en su obra Ensayos Jurídicos Tomo 2-1, nos dice que “no pueden ser tenidas en cuenta las transformaciones de las circunstancias que perjudican el interés de una de las partes por encontrarse está en situación de mora”. Quiere decir, que la persona que se ve beneficiada con la aplicación de esta cláusula, no debe tener ninguna injerencia o responsabilidad en el incumplimiento del contrato, es decir, hasta el momento

del hecho sobrevenido, debe haber cumplido con las condiciones establecidas en el contrato, para que esta se pueda aplicar (Diez-Picazo, 2011).

- **Debe ser una obligación de tracto sucesivo.** Debemos entender, de manera general, que las obligaciones de tracto sucesivo o de ejecución continua, se refieren a aquellas prestaciones que se ejecutan de manera continua por un periodo de tiempo, generalmente extenso; es decir, no se cumple la totalidad de la obligación al instante, sino que se establece que se pague cada cierto periodo, por un tiempo determinado; o como bien señala Luis Diez-Picazo, “una relación obligatoria duradera”; también este autor considera que la regla se extiende a obligaciones de ejecución instantánea, cuando su cumplimiento haya variado para un momento o tiempo futuro, es decir, que su ejecución se haya establecido en otro período de tiempo a la formalización del contrato.

Este requisito se aplica, porque al ser una obligación de cumplimiento continuo, se entiende que las condiciones pueden variar en el término de ejecución del contrato, por lo que, se adiciona este requisito, a fin de no aplicar deliberadamente esta cláusula en cualquier contrato, y que se produzca un abuso grave en el uso de esta.

3.1.5 Efectos Jurídicos de Aplicación

La doctrina en general ha establecido tres (3) principales efectos jurídicos de la aplicación de esta teoría, las cuales procederemos a exponer.

- **Terminación del Contrato:** se considera la última opción que debe emplear el juez, al momento de intervenir en el contrato, cuando haya sobrevenido una circunstancia que transforme la prestación debida en excesivamente onerosa; en ese caso, se deberá terminar la relación contractual con la mayor equidad posible, tomando en cuenta las condiciones económicas de cada parte.

Este efecto jurídico, se utiliza muy poco, ya que la obligación se tiene que volver excesivamente onerosa para que se aplique, es decir, la afectación económica debe ser de tal magnitud, que el juez no encuentre otra solución, más que terminar el contrato, para mantener la equidad jurídica.

- **Suspensión:** en este punto, se habla de la suspensión de la ejecución de la obligación, por un tiempo determinado; este efecto, se emplea cuando el hecho imprevisible sobrevenido, puede ser subsanado por la parte económicamente agraviada, es decir, se suspende la ejecución hasta tanto mejore las condiciones económicas del contratante, y así evitar un desequilibrio contractual.

Señalado lo anterior, lo importante será determinar en qué momentos se puede aplicar la suspensión y por cuánto tiempo, ya que no hay certeza del momento en que terminara ese hecho gravoso, por lo tanto, el juez deberá examinarlo y

decidir en base a las condiciones económicas y las posibles soluciones, que podría adoptar el afectado en este caso.

- **Revisión:** este efecto jurídico, es el más utilizado por la doctrina en general, en donde el juez, entraría a revisar las condiciones, cláusulas y términos del contrato, a fin de reajustarlo, para evitar la excesiva onerosidad de la prestación. En mi opinión, este sería el mejor efecto jurídico a elegir, ya que así ninguna de las partes pierde. Sí, tal vez no obtendrá inmediatamente la totalidad de la prestación, pero, les garantiza a los contratantes, que se cumplirá el contrato, ya que el juez deberá adaptar las condiciones y los plazos de este, con plena observancia al hecho imprevisible sobrevenido.

3.1.6 Reconocimiento jurisprudencial

En este punto, estudiaremos los casos más antiguos, que revelan el reconocimiento jurisprudencial, de la doctrina de la imprevisión; la cual, marco un punto de partida, para la integración de esta figura a todas las legislaciones del mundo.

- **Post-Guerra.** Muchos juristas, señalan que los problemas económicos derivados de la gran guerra, ocasionaron una perturbación a la población, de tal magnitud, que obligó a los tribunales a pronunciarse, sobre las solicitudes de revisión de los contratos, que se habían convertido en excesivamente onerosos y que no había recursos económicos para hacerle frente a su obligación; los contratantes buscaban, que el tribunal fallara en razón de la

equidad y la justicia, ya que era injusto para ellos, realizar esas prestaciones, cuando las condiciones no eran suficiente para ello.

Por ejemplo, la sentencia del 14 de febrero de 1917 dictado por el Tribunal de comercio de Lieja y la sentencia del 28 de abril de 1920, dictada por el mismo tribunal, se absolvió a la parte agraviada con el hecho imprevisible, de cumplir con la prestación debida, toda vez, que esos hechos surgieron por razones ajenas a la voluntad de la parte, por lo tanto, era injusto obligarlo a cumplir íntegramente con la obligación pactada.

Luis Díez-Picazo, en su obra Ensayos Jurídicos Tomo 2-1, nos comenta algunas sentencias que contienen el reconocimiento jurisprudencial de la cláusula rebus sic stantibus, aun cuando no está debidamente identificada; razón por la cual, mencionaremos algunas de ellas:

- **Sentencia del 17 de mayo de 1941**, entre la compañía Metalúrgica Duro Felguera y la compañía del Ferrocarril de Langreo, en donde esta última se había comprometido a construir un ramal del ferrocarril hasta un cargadero de mineral y a explotarlo en las condiciones establecidas en el contrato de 1914, una de las cuales era hacer bonificaciones anuales a la sociedad actora; y la compañía ferrocarril, alegaba que pocos meses después había llegado la Gran Guerra y con ello un detrimento en su economía, por lo cual, no podían pagarle como correspondía. Al respecto, y en relación a la cláusula rebus sic stantibus, señaló el Tribunal Supremo lo siguiente:

“La teoría jurídica que supone implícita en los contratos la cláusula rebus sic stantibus no está admitida hasta el presente como norma general y bien perfilada

en el Derecho español, pero, aunque cupiera tenerla en principio por admisible y eficaz, la elevación por el Estado de las tarifas ferroviarias después del contrato de 1914, que es lo único en que concreta el Tribunal a quo al razonar sobre este asunto, es un hecho que no cae dentro de lo totalmente imprevisible”.

- **Sentencia del 13 de abril de 1944**, que se trataba de un contrato de compraventa de aceite establecido en junio de 1936 entre Carbonell y la Compañía Pallarés Hermanos, S.A., el cual no había sido cumplido porque poco tiempo después se dio la Guerra Civil; una vez culminada, Pallarés reclamó la entrega de la mercancía ya pagada, pero la empresa no podía hacerle frente a su obligación, por lo que el Tribunal procedió a analizar si era una imposibilidad absoluta que impedía su cumplimiento, ya que se trataba de una cosa genérica. Al respecto, señaló lo siguiente:

“(...) en principio, se respeten los precios del contrato, pero autoriza también a modificarlos equitativamente, restableciendo una más justa reciprocidad, en el caso de que las circunstancias posteriores al contrato y derivadas de la guerra hubiesen determinado una grave desproporción en las recíprocas prestaciones (...)”.

Este autor, continúa señalando que “la doctrina y la jurisprudencia oscilan entre la atribución de un efecto resolutorio o extintivo de la relación contractual o un efecto simplemente modificativo, de reajuste o de revisión, encaminado a compensar el desequilibrio de las prestaciones”. Es indudable, que a raíz del mal uso que se le dio originalmente a esta cláusula, las legislaciones posteriores tenían cautela al momento de ejercerla; sin

embargo, podemos observar ampliamente, que, pese a su poca aplicación, se reconoce su existencia y funcionalidad, cuando las condiciones del caso realmente ameriten su inminente aplicación.

3.2 APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA IMPREVISIÓN EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA

3.2.1 Condiciones para que opere la doctrina de la imprevisión

El artículo del Dr. Víctor Raúl de las Casas, en la revista Sapientia, de marzo 2020, sobre la Teoría de la Imprevisión en el Código Civil panameño, nos señala las condiciones para que se aplique la Doctrina de la Imprevisión en Panamá, en base a nuestro ordenamiento jurídico, las cuales son:

- **Debe tratarse de una obligación de tracto sucesivo o bien, de ejecución instantánea, pero sujeta a plazo.** Nuestro Código Civil en el artículo 1161-A, enfatiza este punto al señalar “en los contratos bilaterales de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida”, es decir, solamente se reconoce su aplicación en este tipo de contratos, para los casos de excesiva onerosidad sobrevenida.

Al respecto, la enciclopedia jurídica, al respecto nos dice que “se denominan también contratos duraderos, de ejecución continuada y contratos de ejecución periódica. En ellos las obligaciones conllevan conductas que revisten determinada permanencia, como sucede en el depósito; en ocasiones, las obligaciones contractuales requieren unas prestaciones reiteradas durante cierto tiempo, como sucede en la renta vitalicia. El tracto sucesivo,

en definitiva, implica un alargamiento, en el tiempo, de la realización de la prestación, sea ésta ejecutada de forma permanente o continuada, o lo sea en forma periodificada.

Debemos tener presentes, que la idea de aplicarlo en estos contratos, es porque la misma figura de la imprevisión, hace referencia a cuando las condiciones del contrato varían y se dificulta el cumplimiento, lo cual, parece indicar que se refiere a contratos que se ejecutan a lo largo del tiempo, por períodos fijos; es así, como nuestra legislación ha adoptado este criterio, en donde solamente se tome en cuenta para aplicar la imprevisión por excesiva onerosidad, en el término de celebración y ejecución del contrato.

- **Debe sobrevenir un acontecimiento extraordinario e imprevisible.** La circunstancia o hecho que dé lugar a la excesiva onerosidad, debe tratarse de algo fuera de lo habitual u ordinario de los contratantes, que no se pudo prever que ocurriría y que genera dificultad para cumplir con la obligación. Tal como lo he señalado, en párrafos anteriores, es necesario que concurren hechos no previstos, que escapan de la imaginación de las partes, para que se aplique esta doctrina. Por ejemplo, el caso del covid-19, el cual se elevó a categoría de pandemia, afectando a la economía mundial o los casos de guerra, que generan conflictos económicos y sociales, no solamente a los países participantes sino a todos los que se vean involucrados en ella.

- **El acontecimiento extraordinario e imprevisible debe dar lugar a una excesiva onerosidad de las prestaciones.** Para que se pueda aplicar la doctrina de la imprevisión, es menester que ese hecho guarde relación con la excesiva onerosidad sobrevenida; es como una relación causa-efecto, en donde existe la acción o el hecho y un resultado o consecuencia derivado de ello, que en este caso sería la excesiva onerosidad en la obligación. Esto tiene su fundamento, en que sería ilógico aplicarle los efectos de esta figura, a contratos que nada tiene que ver con los hechos imprevisibles sobrevenidos.

Al respecto nos habla Díez-Picazo indicando que “el reajuste o la revisión judicial del contrato, que lo reconduzca a la equidad, puede ser excepcionalmente aplicado en las relaciones obligatorias simples o con obligaciones a cargo de una sola de las partes cuando el daño provenga de una excesiva onerosidad sobrevenida”; esto confirma el análisis anterior, porque reconoce pues, que solamente se aplicará cuando el hecho este relacionado con la excesiva onerosidad de la prestación.

- **La obligación debe tener su origen en un contrato conmutativo.** Cuando nos referimos a los contratos conmutativos, son aquellos que generan obligaciones para ambos contratantes, es decir, cada parte una vez celebrado el contrato, conoce cuál es su prestación u obligación en el mismo, por lo cual, no se deja al azar o suerte, sino que ya se estableció las condiciones y prestaciones a realizar. Nuestra legislación no contempla la aplicación de esta doctrina en los contratos aleatorios, porque dependen de si ocurre un hecho o

condición para que pueda ejecutarse; quiere decir, que no existe certeza sobre su cumplimiento, ya que está sujeta al hecho futuro e incierto; por ello, no se puede aplicar la imprevisión, en virtud de que su ejecución no es continúa ni periódica a lo largo del tiempo.

- **La excesiva onerosidad no debe derivar de la culpa del obligado.** Al respecto, ha señalado Luis Díez-Picazo, que no puede existir un reajuste o revisión del contrato, cuando el hecho sobrevenido sea por culpa del que ha sido afectado económicamente con el mismo, lo cual implica que esa parte debe haber estado ejecutando su obligación de manera periódica e íntegra hasta el momento en que ocurrió el hecho; esto en razón, de que no se le puede premiar a una parte, que ha incumplido con el contrato y que luego exija que se le modifiquen las condiciones del mismo, cuando desde antes del hecho, no estaba cumpliendo con el mismo. Esto en función de que, la doctrina de la imprevisión faculta al que se vio afectado en sus ingresos, para solicitar la resolución del contrato o un cambio en las condiciones, a fin de cumplir el contrato íntegramente, en unos términos que sean factibles para su situación actual.

3.2.2 Aplicación en el Derecho Civil

Muchos juristas a lo largo de los años, han estado en contra de la aplicación de esta figura, en materia contractual, porque consideran el principio de la autonomía de la voluntad, como el punto de partida para las contrataciones y que no debe existir

intervención judicial, ya que vulneraría los derechos de los contratantes y el principio dispositivo que los autoriza a establecer las cláusulas o condiciones que quieran, siempre que no sea contrario a la moral, la buena fe y las buenas costumbres.

Pese a ello, hay quienes consideran viable la aplicación de esta doctrina en materia contractual para corregir los desequilibrios en las condiciones del contrato, cuando por hechos ajenos a los contratantes, se vuelve extremadamente onerosa la prestación para una de las partes. Desde mi perspectiva, la aplicación de esta figura en contratos es una forma de mantener la equidad jurídica en las relaciones contractuales, por lo cual, no debe ser desestimada o desechada por quienes están encargados de administrar justicia.

Nuestro Código Civil reconoce los efectos de la doctrina de la imprevisión y su aplicación en material contractual, al consagrar:

Art.1161-A: “En los contratos bilaterales de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes llegare a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá pedir la terminación del contrato.

No podrá pedirse la terminación, si la onerosidad sobrevenida entrara en el área normal del contrato.

La parte contra la cual se hubiere demandado la terminación podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato”.

Art. 1161-B: “Si en los actos unilaterales la prestación llegare a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, el obligado podrá pedir una reducción de su prestación o una modificación en los términos que regulan su cumplimiento, suficiente para reducirla a la equidad”.

De las normas citadas, podemos observar, que nuestro ordenamiento jurídico reconoce esta figura en base al principio de equidad y solamente se aplica en casos específicos, cuando los hechos imprevistos, realmente causen un daño económico significativo al contratante afectado, a fin de evitar el abuso de esta. No cabe duda que, pese a los pocos artículos que le dedica nuestra legislación a la doctrina de la imprevisión, se reconoce esta figura como una forma excepcional de modificación o terminación del contrato; evidenciando la primacía del pacta sunt servanda, sobre aquella.

3.2.3 Aplicación en el Derecho Administrativo

La doctrina de la imprevisión tiene vigencia reconocida como jurisprudencia en el Derecho Administrativo, porque como he mencionado, la principal razón para ser acogido en la jurisprudencia fue por las guerras, en donde primó la utilidad pública sobre la prestación debida. Siendo así, muchos juristas consideran que debe aplicarse los efectos de esta figura en materia Administrativa, ya que la intención del Estado es velar por el bienestar de la sociedad, dejando de lado los intereses personales o ajenos a su deber social.

Al respecto la jurisprudencia del 7 de junio de 2006, de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, reconoce la Doctrina de la Imprevisión en materia de contratación Pública, indicando:

“La Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, que regula la Contratación Pública en Panamá, en el artículo 19, contempla la posibilidad que las partes mantengan el equilibrio de las

condiciones vigentes al darse la contratación respectiva, así como prever la modificación del contrato si la alteración ocurre por causas extraordinarias o imprevisibles.

La excerta en comento es del tenor siguiente:

'Artículo 19. Equilibrio contractual

En los contratos públicos de duración prolongada, tales como los contratos de concesión de servicios públicos, se podrán pactar cláusulas y condiciones encaminadas a mantener, durante la vigencia del contrato, el equilibrio contractual al momento de celebrar el contrato de que se trate, con la finalidad de que, si tales condiciones se quiebran o rompen por causas extraordinarias e imprevisibles, éste se pueda modificar para mantener tal equilibrio.

Las partes podrán suscribir los acuerdos y pactos que resulten necesarios para restablecer el equilibrio contractual, incluyendo montos, condiciones, forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, en la forma prevista en la modificación del contrato, cuyo pago adicional, si lo hubiere, se realizará en la forma prevista en el contrato modificado y de acuerdo con las disposiciones sobre erogaciones previstas en el Presupuesto General del Estado, de la vigencia en que se deba hacer dicha erogación." (El destacado es de la Sala)'

No cabe duda de la vigencia de la doctrina de la imprevisión, en materia administrativa, con la finalidad de mantener los servicios públicos activos y evitar su paralización; de igual forma, no podemos olvidar, que si bien la razón de su aplicación es el interés colectivo o público, las modificaciones en las condiciones, se debe realizar en relación a un hecho imprevisible y extraordinario sobrevenido, que dificulte su cumplimiento íntegro, que para el caso que nos ocupa, resulta crucial para mantener el orden público.

CAPITULO IV: MARCO GENERAL DE LOS CONTRATOS BANCARIOS

4.1 NOCIÓN GENERAL DEL DERECHO BANCARIO

Antes de hablar sobre los contratos bancarios, es necesario conocer cómo surge el Derecho bancario, su concepción, naturaleza jurídica y sus características, lo cual, nos ayudara a comprender la necesidad de establecer contratos bancarios, que regulen la relación entre bancos, usuarios y clientes bancarios.

4.1.1 Antecedente

Muestra la historia que, debido a la división de trabajo, se hizo necesario la circulación y distribución de las riquezas generadas; es así como inicia un sistema de trueque, que consistía en dar una cosa a cambio de otra (con el mismo valor); sin embargo, pese a su gran utilidad, con el avance del sistema comercial, pronto se hizo necesario buscar un mejor sistema de cambio, es decir, una medida en la cual, las cosas podían expresar su valor, ya que cuando se realizaba el trueque, era difícil determinar el valor de las cosas o la existencia de esa mercancía al momento de hacer el cambio, lo cual, generaba conflicto para las partes.

Así, se habla que las sociedades conocieron diferentes formas de moneda (p.e. pieles, ganado, madera, esclavos, entre otras) que les permitía determinar el precio de las cosas y la cantidad o el valor de la obligación a pagar; siendo así, se habla que el origen de la moneda es la mercancía, y que su valor estaba determinado por la cantidad de trabajo que se ha incorporado, el valor de uso y el valor de cambio (surge como una confrontación entre mercancías); este último se podía dar cuando

se comparaban dos valores equivalentes o mercancías o servicios, o cuando hay varias mercancías comparándose entre sí, o un valor general o equivalente, en donde en una sola mercancía, todas podían expresar su valor.

Debemos destacar, que la necesidad de la época era encontrar una manera que reuniera ciertas características como fácil transportación, duradero, divisible, que no pierda su valor y de fácil convertibilidad. Así, surge pues, la moneda metálica, elaborada en materiales preciosos, en donde las demás mercancías podían expresar su valor; sin embargo, esta moneda pronto perdió su utilidad, ya que era difícil de transportar, cuando se trataba de grandes transacciones.

Siendo así, surge el papel moneda (expedido al portador, transferible por simple entrega) y con ello, el sistema monetario, en donde se utiliza la libre convertibilidad, que le permitía a las personas cambiar la moneda que tenga por oro y viceversa; es decir, no existía la obligación de quedarse con su moneda metálica o de papel, sino que se podía cambiar por oro y, al contrario; lo cual, agilizó el proceso de comercialización y sistema de pago.

Al respecto, los historiadores, reconocen que, la actividad bancaria existe desde la antigüedad, como una forma de gestionar y agilizar el comercio entre los distintos pueblos; se plantea que, desde la antigua Grecia y Roma, (a través de "trapezitai" griegos, que llegarían a convertirse en los "argentarii" junto con los "nummularii") se desarrollaron operaciones bancarias como cobros y pagos por cuentas de clientes, entrega de dinero a interés, recepción de depósitos, y un sistema contable, que ayudaba con el cumplimiento de todas estas actividades bancarias. Esta actividad

fue mermada como consecuencia de las invasiones bárbaras y la prohibición de la iglesia de realizar préstamos con intereses, por considerarlo inmoral.

Pese a ello, con las cruzadas, se hizo necesario el intercambio comercial, dando como resultado el florecimiento de la actividad bancaria; siendo así, se habla que los Templarios (caballeros banqueros), tienen un papel preponderante en el resurgimiento de la actividad bancaria, ya que, al poseer fuerzas militares, le permitía conservar y transportar de un lugar a otro, especies monetarias que recibían en depósito; sin duda, un claro antecedente a lo que conocemos hoy como actividad bancaria.

Sergio Rodríguez Azuero, en su libro de Contratos Bancarios, nos señala que “debe reconocerse que la banca ha existido y subsiste porque realizó las que podríamos llamar funciones primarias respecto a la moneda, o sea, su creación, traslado, cambio y custodia y que, sólo a partir de esa relación primaria con la organización monetizada, surgieron y se desarrollaron operaciones que hoy calificamos de bancarias las cuales, en últimas, en relación con las más importantes, no son nada distinto de la administración y aprovechamiento de esa moneda (Rodríguez Azuero, 2009)”. No cabe duda, que el desarrollo comercial y su constante cambio, ha abierto grandes mercados, facilitando así, la actividad bancaria.

4.1.2 Concepto de Derecho Bancario

El diccionario de **Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales por Manuel Ossorio**, define al Derecho bancario como un “conjunto de normas jurídicas, integrantes del Derecho Mercantil, que se refieren a las personas, las cosas y los negocios, mediante los cuales se realizan las operaciones bancarias”. (Ossorio, 2008)

Acosta Romero señala que es el “conjunto de normas jurídicas de las relaciones entre particulares y autoridades nacidas del ejercicio de la actividad crediticia y bancaria o asimiladas a esta y aquéllas en cuanto a su disciplina jurídica y ejecución judicial y administrativa” (Acosta Romero, 2003).

Según Guzmán Holguín, es la rama del Derecho Público que regula la intermediación profesional en el comercio del dinero y el crédito, así como la organización, la estructura y el funcionamiento del sistema bancario y la forma en que el Estado ejerce la rectoría de dicho sistema (GUZMAN HOLGUIN, 2012).

GARRIGUES, definió el Derecho bancario como: “El conjunto de normas que se refiere a la actividad de los bancos. Esta definición ha sido muy criticada, por lo amplio y ambiguo, ya que no engloba todo lo que conlleva el derecho bancario en la actualidad” (Garrigues, 1975).

En Francia, RIVES LANGE y CONTAMINE-RAYNAUD, lo definen como: “Conjunto de normas concernientes a las operaciones de banca y a aquellos que las realizan a título profesional” (Rives Lange & Contamine Raynaud, 1995).

Humberto Enrique Ruiz Torres define el Derecho Bancario como el conjunto de normas, parte del derecho de la intermediación financiera, que regula a los sujetos de la intermediación financiera bancaria, su constitución y funcionamiento; las prohibiciones, sanciones administrativas y los delitos establecidos respecto de ellos la protección de los intereses del público y las facultades de las autoridades en la materia (Ruiz Torres, 2003).

GAVALDA y STOUFFLET, nos dicen que “El Derecho bancario está formado por las reglas que fijan el estatuto de las empresas que se dedican al "comercio del dinero" y las aplicables a su actividad” (Gavalda & STOUFFLET, 2015).

Los italianos, SPINELLI y GENTILE afirman que se trata del “conjunto de normas que regulan la constitución, organización, el ejercicio de la empresa de crédito y toda relación que atiene a la actividad bancaria” (Spinelli & Gentile, 1984).

Juan José Blossiers Mazzini, nos dice que “al igual que Joaquín Garrigues, por derecho bancario entendemos, el conjunto de normas jurídicas, que se refieren a la actividad de los bancos. Esta actividad tiene un sujeto actor y, desde un punto de vista jurídico, consiste en el establecimiento de relaciones patrimoniales con otros sujetos, mediante la conclusión de contratos” (Mazzini Blossiers, 2013).

Sin duda, cada una de estas definiciones, han sido criticadas por los estudiosos del derecho bancario, ya sea por lo simple y general o por lo específica; desde mi perspectiva, la definición otorgada por Humberto Torres es la que más se asemeja a la realidad del derecho bancario; sin embargo, no hace alusión a su carácter

administrativo o público, el cual, se centra en el Banco y al ejercicio de su actividad financiera.

4.1.3 Naturaleza del Derecho Bancario

De las definiciones mencionadas, se desprende la doble naturaleza del Derecho bancario; por un lado, se habla que regula el ejercicio de la actividad bancaria con su actor, el Banco; es decir, regula al Banco y su actividad; y por el otro, se alude a su carácter privado, en cuanto a su relación con otros sujetos mediante la conclusión de contratos bancarios. José Blossiers Mazzini, nos dice que el primer aspecto del Derecho Bancario se rige por las normas de derecho público administrativo que corresponde al estudio del banco y al ejercicio de la profesión del banquero; y que el segundo aspecto, se refiere a las operaciones bancarias, que se traducen en contratos privados entre el banco y sus clientes.

Por eso, haremos un breve estudio sobre esta doble naturaleza, que señalan la mayoría de los juristas.

- **Derecho Público Bancario**

Este aspecto, habla sobre las normas que afectan o regulan la institución bancaria como sujeto, su creación, organización y funcionamiento en sí; se rigen por normas constitucionales, administrativas y fiscales. El jurista Sergio Rodríguez Azuero, nos dice que “la actividad bancaria, ha pasado de ser una simple actividad privada, sometida a la libre iniciativa de los particulares, a convertirse en una función propia

del Estado o, en todo caso, celosamente intervenida y regulada, dado los intereses comunitarios que deben protegerse”.

Se entiende, que, a lo largo de la historia, el derecho bancario, es necesario para la economía mundial, ya que se volvió una actividad regular para los particulares; por eso, se le otorga un carácter público, ya que, al ser de interés colectivo, el Estado entra a regular la actividad bancaria, a través de normas de conducta, funcionamiento y establecer sanciones, cuando las incumplan. Los que aceptan esta tesis, indican que la actividad bancaria es un servicio público prestado a los particulares, ya que los bancos, solamente pueden emitir las monedas, que el Estado les autorice; quiere decir, que el sistema bancario, no tiene libertad en cuánto al sistema monetario y que se rigen por lo consagrada Constitucionalmente del Estado, en donde prestan sus servicios.

Sin duda alguna, no se puede separar del Derecho Bancario, su naturaleza pública, sólo en el sentido de que, el Estado es el ente encargado de autorizar si se puede constituir o no dicha entidad bancaria, también fiscaliza la actividad bancaria y en caso de incumplimiento de las normas impuestas, le impone sanciones que pueden alcanzar el cierre de dicha entidad bancaria.

- **Derecho Privado Bancario**

Este aspecto, se habla que el derecho bancario, está íntimamente relacionado con el Derecho mercantil, ya que, como he señalado en párrafos anteriores, la actividad bancaria, es producto del crecimiento comercial, por lo tanto, no se puede separar de este. Siendo así, se habla del carácter civil y mercantil del Derecho bancario; en

donde, se establecen normas que afectan la misma actividad bancaria. En ese sentido, regula las relaciones entre la banca y su clientela; es decir, las operaciones bancarias que realiza en relación con los particulares, p.e. los contratos celebrados entre la entidad bancaria y sus clientes.

Desde esta perspectiva, coincido con los estudiosos del Derecho Bancario, que establecen esta doble naturaleza, ya que no podemos restarle importancia a la intervención del Estado en la actividad bancaria, ni tampoco ese carácter privado que tiene la banca en relación a sus propias operaciones con los particulares; que les permite tener una relación contractual con estos, en donde se les impone condiciones, intereses, derechos y obligaciones para ambas partes, propias de la autonomía de la voluntad de las partes, que se traducen en contratos bancarios.

4.1.4 Características del Derecho Bancario

Dentro de los caracteres del Derecho Bancario, podemos mencionar:

- **Carácter Sectorial**

El derecho bancario, es una disciplina que se encuentra ligado al Derecho mercantil, es decir, no posee una total autonomía científica y sustantiva. Podemos decir, que el derecho bancario, esta influenciado por su carácter público en cuanto a la regulación del banco y al carácter privado, en relación con la contratación privada entre el ente bancario y su clientela.

No obstante, pese a estar íntimamente ligado al derecho mercantil, tiene un rasgo particular que logra diferenciarlo de este; por un lado, el derecho mercantil se

encuentra despersonalizado en cuanto a las relaciones contractuales; en cambio, el derecho bancario está basado en la confianza hacia sus clientes, es decir, al momento de contratar con los particulares, toma en consideración su situación personal y financiera, ya que está basado en un principio de buena fe y confianza en su cliente; por lo que, el banco subsiste a medida que exista una confianza mutua entre banco y cliente.

- **Carácter Formalista**

El carácter formalista, se refiere a negocios rigurosamente formales, ya que al realizar actividades llevadas en masa o debido a la tendencia de celebrar gran número de operaciones que, aun pudiendo perfeccionarse verbalmente, se formalizan por escrito, en donde se establecen cláusulas y condiciones generales, minuciosamente detalladas, para que tanto banco como cliente, tengan claro sus derechos y obligaciones en dicha relación contractual. No debemos olvidar, que, al ser un sector meramente financiero, en donde se mueve grandes cantidades de dinero, no se pueden realizar simples contratos verbales, ya que su incumplimiento, ocasionaría grandes pérdidas económicas para la entidad bancaria.

- **Internacionalización**

Debido a la globalización, las entidades bancarias, han tenido que expandir su alcance; y como consecuencia se produjo el fenómeno de internacionalización o armonización del sector bancario, el cual, les permite captar recursos económicos, depósitos y clientes de distintas partes del mundo, extendiendo así, su capacidad financiera. Quiere decir, que nada impide que un banco panameño, pueda prestar

sus servicios en Colombia o viceversa, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos para su constitución en el país donde desean prestar sus servicios bancarios.

Esta internacionalización, se puede dar de manera **individual**, cuando el banco se establece en el exterior (p.e. en forma de sucursal, representación o subsidiaria) o **colectiva**, los cuales son bancos consorciales, es decir, es una agrupación de varios bancos, que se unen para formar uno distinto (generalmente tienen siglas en su nombre) y pueden ser duraderos o temporal.

- **Carácter Técnico**

Esta característica, tiene un enfoque más estructural, que nos indica que, la entidad bancaria presta un servicio profesional, a través del uso de tecnología para seguridad de los clientes y del propio banco. Debemos tomar en cuenta, que las operaciones bancarias, no son tan sencillas como parece, ya que, conlleva un arduo trabajo tecnológico, que no es visible a los clientes; por ejemplo, cuando ordenamos una transacción de un banco nacional hacia el exterior, o realizamos depósitos; es necesario que el banco forme estructuras centralizadas que reduzcan el riesgo de fraude, en el constante movimiento de fondos económicos.

Quiere decir, que, sin el carácter técnico de las entidades bancarias y sus sistemas de seguridad, los recursos captados, depósitos o transacciones ordenadas por los clientes, serían blanco fácil de fraude financiero; por ello, las operaciones bancarias son cada vez más complejas y estructuradas, a fin de brindarle seguridad tanto al banco como a sus clientes.

4.1.5 Principios del Derecho Bancario

➤ Principio de eficiencia

Este principio está relacionado, con la capacidad de la entidad bancaria de hacer buen uso de los recursos captados de los clientes, es decir, el manejo correcto de los fondos que posee la entidad, por ejemplo, al momento de hacer inversiones en el mercado financiero, es necesario que se coloquen de manera eficiente, para aportar al progreso económico tanto de la entidad, como del cliente.

➤ Principio de estabilidad

El principio de estabilidad guarda relación con la protección de la solidez, liquidez y rentabilidad de las entidades financieras; esto en virtud, de que, a medida que un banco presente más estabilidad, generara más confianza a los futuros clientes, para colocar sus recursos en dicha entidad.

No debemos olvidar, que la actividad financiera, es cambiante o variable, por lo que mantener la solidez, liquidez y rentabilidad, es un verdadero reto para quienes se dedican a actividades bancarias, ya que los riesgos son más altos; por ello, dentro de lo jurídicamente consagrado, las entidades bancarias deben cumplir con este principio, para asegurar su propia subsistencia y confianza de sus clientes.

➤ Principio de Transparencia

Está relacionado con normas de conducta, que deben realizar todas las entidades bancarias, en relación con sus clientes, ya que deben informarles en todo momento, sobre las inversiones, los riesgos y dónde es más beneficioso invertir; esto debido a que, muchos de estos recursos captados del público, se utilizan para inversiones,

y los clientes deben estar ampliamente informados sobre cómo se lleva su inversión y si surge algún problema con ella.

Al ser una entidad, que se dedica al manejo de grandes sumas de dinero, es menester brindar seguridad a sus clientes, con el adecuado uso de su dinero y el acceso a la información.

4.2 SISTEMA BANCARIO

Para que la actividad bancaria funcione, es necesario que exista un sistema debidamente estructurado, en donde haya distintos niveles de control, administración y supervisión de la actividad bancaria; para ello, estudiaremos a las entidades reguladoras, intermediarios financieros, las entidades de control y las operaciones propias del sistema bancario.

4.2.1 Entidades que participan en el Sistema Bancario

4.2.1.1 Autoridad de Regulación y Supervisión

Es la entidad encargada de regular la actividad bancaria, de dictar normas en materia de moneda, crédito y cualquiera situación relacionada con la actividad bancaria y su correcto funcionamiento. Bajo esta premisa, hablamos del carácter público del derecho bancario, en donde el Estado a través de su órgano legislativo, crea leyes que regulan la actividad bancaria, tomando en consideración la protección del consumidor/cliente y los intereses del banco.

Cuando hablamos de una entidad reguladora, también nos referimos a la Banca Central, la cual, es un banco de segundo piso (solo habla con otros bancos), que se encarga de supervisar, regular, y coordinar la actividad bancaria; además, es responsable de dictar normas en materia de crédito y cambios, de emitir las monedas de dicho país, garantizando su valor y siendo depositario de las reservas de los dineros que se encuentren en un determinado país, ya sea conservándolo o invirtiéndolo.

Debemos señalar que, Panamá, no cuenta con una banca central, que se encargue de emitir monedas, no obstante, el Banco Nacional de Panamá actúa como reserva de dinero o como agente fiscal del gobierno. Nuestro país, cuenta con normas que regulan la actividad bancaria, como es el caso del Decreto-Ley No. 9 de 1998, el cual, crea la Superintendencia de Bancos como un ente regulador, que más tarde estudiaremos.

4.2.1.2 Intermediarios Financieros

Los intermediarios financieros son aquellas instituciones u organismos, especializados en la mediación entre los que desean ahorrar o invertir sus fondos y los que requieren financiación. Se habla entonces, de una captación y colocación de fondos en un área económica productiva, a fin de activar el mercado y generar más recursos financieros.

En Panamá, más del 90% del crédito están en los bancos, por lo que, no hay tantas variantes de instituciones que se dedican a esta actividad; no obstante, algunas de

ellas son los bancos, fondos de pensiones, aseguradoras, cooperativas de ahorro y crédito, empresas financieras, bancos de desarrollo, las compañías de leasing y asociaciones de ahorro y crédito para la vivienda. Los intermediarios que más interactúan actualmente son las cooperativas de ahorro y crédito y, las empresas financieras.

Rodríguez Azuero, en su obra sobre contratos bancarios, establece una clasificación de los bancos, en atención a la posición que adoptan como intermediarios, es decir, a la finalidad de esa entidad bancaria; dentro de esta clasificación tenemos:

- **Comerciales o de depósito**

Son aquellos que captan recursos del mercado, y junto con su capital, lo utilizan para realizar préstamos a corto plazo, a través del contrato de mutuo o de descuento. Indica que sirven de caja o tesorería de los comerciantes y también para gastos de consumo ordinario de otros consumidores.

- **Financieros o de inversión**

Son aquellos que captan recursos de depósitos a mediano y largo plazo, así como la emisión de bonos u obligaciones que colocan en el mercado, ya sea en forma de crédito o invirtiéndolo en algún mercado productivo. A diferencia de lo que ocurre en los comerciales, estos no permiten financiación a corto plazo.

- **Hipotecarios**

Estos bancos captan sus recursos de la emisión de títulos y bonos hipotecarios, y junto con su capital y reserva, se dedican a otorgar crédito para construcción de viviendas, contra la garantía de una hipoteca sobre el mismo bien construido o comprado.

En Panamá, existen las sociedades de ahorro y crédito (originalmente eran asociaciones) vinculadas exclusivamente a los créditos para construir viviendas; el mismo, se encuentra regulado por el Banco Hipotecario de Panamá.

- **De ahorro**

Son aquellas instituciones que captan recursos de los ahorros de la comunidad, a través del contrato de depósito, caracterizado en sus inicios por la entrega de una libreta de ahorros (actualmente pocos bancos emiten estas libretas). Esta entidad puede utilizar los fondos captados, otorgando créditos a corto, mediano y largo plazo. Por ejemplo, La Caja de Ahorros de Panamá.

- **Fiduciaros**

Estos tipos de bancos, a diferencia de los otros, no puede captar recursos del público, solamente adquieren sus fondos de los contratos de fiducia mercantil o fideicomiso, en donde existe una orden de destinar los fondos a dicha entidad bancaria; estos actúan por cuenta de terceros, según lo estipulado en el contrato, es decir, su colocación se hace en beneficio del banco y más propiamente de los intereses del fiducia o beneficiario del contrato de fideicomiso.

- **De capitalización**

Estos bancos, captan sus recursos del contrato de capitalización, en donde los clientes pueden crear su capital, a través del ahorro constante y permanente. Estos bancos colocan esos fondos en el mercado de capitales, garantizando el reembolso de los capitales e inclusive de obtener un anticipo de las sumas ahorradas.

- **Panameños y extranjeros**

Esta clasificación se efectúa con relación al domicilio de la casa matriz de la entidad bancaria, los cuales pueden ser, nacionales y extranjeros. En este punto, como señala Rodríguez Azuero, puede notarse diferencias en cuanto a la forma de captar los recursos, ya que, depende de la política de cada país, en materia bancaria.

En Panamá, los bancos panameños son aquellos que tienen su casa matriz en el territorio panameño, no importando la nacionalidad de los dueños; en cambio los bancos extranjeros tienen su casa matriz en el exterior. En ese orden de ideas, debemos indicar que los bancos se establecen a través de una licencia bancaria provisional y definitiva, la cual otorga la superintendencia de bancos a discrecionalidad.

- **Estatales y privados**

Los bancos se entenderán estatales cuando este nacionalizado o que exista participación preponderante del Estado en su capital o cuando el Estado sea que ejerza el negocio de banca; en tanto que, se entiende privados a aquellos bancos cuyo capital pertenece mayoritaria o totalmente a los accionistas particulares.

Debemos resaltar, que la finalidad de estos bancos estatales es atender necesidades de crédito de ciertas actividades que aportan al desarrollo de la economía nacional; es decir, busca atender ciertos sectores que merecen una protección especial del Estado.

- **De crédito agrícola, ganadero o minero**

Estos bancos, se dedican a un área en exclusivo, en donde captan y colocan sus recursos, ya sea agrícola, ganadero o minero; quiere decir, que captan recursos producto de esas actividades y lo trasladan o invierten en ese mismo mercado. Estos tipos de bancos otorgan créditos destinados al desarrollo de dicha actividad económica. Por ejemplo, en Panamá existe el Banco de Desarrollo Agropecuario, el cual, se encarga de conceder créditos a las personas que se dedican al sector primario.

4.2.1.3 Entidades Auxiliares de control

Las entidades de control son aquellas que se encargan de velar por el pleno cumplimiento de las normas que regulan la actividad bancaria; tienen un papel fundamental de supervisión, fiscalización y control de las entidades bancarias, a fin de que sus operaciones y políticas estén apegadas a lo consagrado en la ley, en materia bancaria.

Dentro de las funciones de las entidades de control tenemos:

- **Participar en la constitución, desarrollo y extensión de la entidad bancaria.** Las entidades de control se encargan de participar en el nacimiento de la entidad bancaria, es decir, a través de las normas estipuladas, deciden si dicha entidad cuenta con los requisitos necesarios para llevar a cabo una actividad bancaria. En esta función también se incluye la autorización para apertura de nuevas secciones o sucursales del banco, con la finalidad de realizar un estudio sobre el mercado y la viabilidad de esta.
- **Cumplimiento normativo.** Se incluye tanto la expedición de normas de control, como velar por su cumplimiento y en su defecto, aplicar sanciones. La entidad de control se encargará de vigilar que la entidad bancaria cumpla con la normativa bancaria, en cuanto a su funcionamiento y dirección y claramente, esa facultad de imponer sanciones administrativas a quienes no sigan los lineamientos estipulados.
- **Gestión de riesgos.** Esta función está orientada a la solidez, liquidez y rentabilidad de la entidad bancaria. En principio, se encargan de adoptar medidas de saneamiento, cuando se presenten situaciones de riesgo para el banco, brindando soluciones efectivas para superar la situación. Dentro de esta función, en calidad de reforzar o ayudar al banco, esta entidad de control puede incluso tomar posesión del establecimiento y tomar las medidas necesarias para la subsistencia de la entidad bancaria.
- **Auditoría interna.** Estas entidades se encargan de llevar un registro mercantil, de todas las operaciones que realiza el banco, por ejemplo, el manejo de los

fondos captados, las inversiones y los préstamos; llevar un registro detallado de cada cliente u operación.

Además, permite calificar a los directivos y funcionarios del banco, con relación a su servicio profesional en materia bancaria.

- **Realizar una supervisión consolidada.** Las entidades de control deben supervisar exhaustivamente a todos los que ejercen la actividad bancaria; desde los bancos más grandes hasta los más pequeños, para que no infrinjan la normativa y funcionen de manera eficiente, tomando en consideración, todas las medidas de riesgo.

En Panamá, mediante el Decreto-Ley No. 9 de 1998, se crea la Superintendencia de Bancos, como una entidad de regulación, control y supervisión de los bancos, cuya finalidad última es promover el pleno empleo, creando una economía sostenible y eficiente, con independencia política. Sus fondos provienen de los recursos que captan, de las tasas bancarias, multas por incumplimiento de la normativa y pueden colocarlos en cualquier banco.

La Superintendencia se encarga de participar en el nacimiento del banco, otorgando licencias (provisional o definitiva) para el ejercicio de banca y realizan una supervisión consolidada, dentro y fuera del territorio nacional, cuando se trate de bancos que tengan subsidiarias o sucursales en el extranjero. En cuanto a la función de gestión de riesgos, la superintendencia puede tomar control del banco, para realizar un análisis riguroso de las actividades de esa entidad bancaria y una vez

culminado, decidirá si procede la reorganización o liquidación forzosa o la devolución a sus directores o representantes del banco.

4.2.2 Operaciones Bancarias

Sergio Rodríguez Azuero sostiene que “la operación bancaria es una operación de crédito realizada por un banco, caracterizada porque la entidad respectiva desarrolla su actividad en forma de intermediario que se lucra con los recursos obtenidos al colocarlos de nuevo” (Rodríguez Azuero, 2009). De esta definición se desprende la doble implicación de las operaciones bancarias; por un lado, el banco como sujeto actor y por el otro la función de la entidad bancaria, que no es más que, la de ser intermediario y administrador de los dinero o valores, puestos a su cuidado.

De allí, se desprende la clasificación más aceptada entre los juristas, sobre las operaciones que realiza el banco, dependiendo de la función que está desempeñando en un momento determinado:

4.2.2.1 Operaciones bancarias activas

Cuando el banco otorga crédito al cliente, convirtiéndose en acreedor de éste, por lo tanto, existen activos a su favor. Este tipo de operaciones, son más formales, ya que, deben establecerse ciertas cláusulas y condiciones, a fin de que se garantice la devolución del crédito brindado por el banco.

Dentro de esta categoría tenemos: descuento, arrendamiento financiero, apertura de crédito, prestamos, entre otros.

4.2.2.2 Operaciones bancarias pasivas

Es cuando la entidad bancaria recibe recursos del público, es decir, capta los fondos del público o cliente; aquí se habla de una operación de recepción que realiza el banco, en donde se benefician sus clientes al percibir intereses de ellas. Por ejemplo, recepción de crédito, depósitos irregulares (de ahorro, a plazo fijo) redescuento, entre otros.

4.2.2.3 Operaciones bancarias atípicas o neutras

Son aquellas operaciones en donde el banco ni capta recursos, ni otorga créditos (captación y colocación de recursos); en esta categoría se encuadran todas las demás operaciones bancarias que no son pasivas ni activas. Por ejemplo, cuando el banco actúa de intermediario, cajillas de seguridad, depósitos, compraventa de títulos, acciones, divisas, entre otras.

4.3 CONTRATOS BANCARIOS

4.3.1 Concepto

El diccionario panhispánico del español jurídico define el contrato bancario como “contrato celebrado por una entidad de crédito, que tiene por objeto operaciones bancarias activas o pasivas, según el banco ocupe una posición acreedora o deudora en la intermediación o en el crédito. Puede tratarse de operaciones de servicio o de gestión, accesorias o complementarias de las anteriores. La mayor parte de estos contratos son atípicos.

GARRIGUES ubica al contrato bancario como todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria.

Sergio Rodríguez Azuero, define los contratos bancarios como “acuerdos celebrados por los bancos y su clientela, o, eventualmente, entre bancos, cuyo contenido corresponde al desarrollo de las operaciones propias de su objeto social. Es el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, una de las cuales es al menos un banco, en virtud del cual surgen derechos y obligaciones cuyo objeto corresponde a la operación bancaria a la cual se refiere, es decir, depende en últimas de la naturaleza de la respectiva operación bancaria” (Rodríguez Azuero, 2009).

De las definiciones expuestas, podemos conceptualizar al contrato bancario como un acuerdo de voluntades, entre una entidad bancaria y otra, que se denominara cliente, que genera derecho y obligaciones, y que tiene por objeto exclusivo la realización de una operación bancaria.

4.3.2 Características de los contratos bancarios

Dentro de las características propias de los contratos bancarios tenemos:

- **Carácter personalísimo**

Cuando hablamos de los contratos bancarios, en su carácter público, se habla que es un servicio público, es decir, al servicio de la comunidad, por lo que, no debería existir este carácter personalísimo. Sin embargo, este supuesto, habla de la obligación que tiene cualquier entidad bancaria de “conocer a su cliente” y no tanto

por el hecho de evitar prestar el servicio, sino porque al momento de contratar, se debe tomar en cuenta las condiciones personales del cliente.

Se reconoce, entonces que, las entidades bancarias, escogen a sus clientes, es decir, pese a ser un servicio público, no a cualquiera se le puede considerar “Cliente bancario”, ya que, como he señalado en párrafos anteriores, la contratación bancaria, se basa en un principio de confianza hacia el cliente con el banco; por ende, mal podría el banco contratar con cualquier persona, sin tomar en cuenta su registro crediticio o su condición económica, al solicitar alguna operación bancaria.

Sergio Azuero, en su libro de Contratos Bancarios, nos señala que la intención de este carácter personalísimo es evitar, que personas dedicadas al blanqueo de capitales o lavado de dinero, puedan entrar a la entidad bancaria y hacerlos cómplices de su actividad ilegal; además, que al administrar fondos captados por el público, no se debe tomar a la ligera las inversiones que se realizan o el otorgamiento de préstamos, ya que afectaría directamente a la comunidad ahorradora, que puso su confianza en dicha entidad bancaria.

Sin duda, este carácter personalísimo en la contratación bancaria es necesaria para la seguridad de la entidad y para sus clientes, ya que te permite conocer realmente a tu cliente, y saber si tiene las cualidades necesarias, para cumplir con las condiciones y cláusulas establecidas dentro del contrato bancario.

- **Carácter Técnico**

Esta característica hace alusión al carácter tecnológico de las operaciones bancarias, por lo menos en un sentido técnico. Así se habla que, al igual que el

comercio, las entidades bancarias están en constante cambio e innovación, buscando nuevas formas de agilizar las transacciones de sus clientes, de invertir o captar recursos del público. Al ser una entidad, que se dedica a administrar dinero o valores, tendientes a mantener activa la economía de un país, es necesario que adopte nuevos mecanismos técnicos, que permitan a sus clientes, poner su confianza en dicha entidad bancaria.

Es indudable, que las operaciones bancarias han evolucionado, desde una acción meramente física a una electrónica, en donde fácilmente se pueden realizar transacciones de un país a otro o de un banco a otro, sin necesidad de ir directamente al banco; lo cual, ahorra tiempo y dinero, para quienes necesitan enviar dinero de manera expedita. Mientras exista la globalización y el avance tecnológico, las instituciones bancarias, tendrán que ir progresando al mismo nivel, para prestar un mejor servicio a sus clientes.

- **Carácter profesional**

Este punto, hace alusión al carácter profesional o a la prestación de un servicio profesional, en relación con su cliente, es decir, se entiende que, al ser una actividad masiva, los encargados de ejercerla son profesionales en esa área bancaria, lo cual, engendra confianza a sus clientes.

Se establece que, al ser la entidad bancaria, un profesional en la materia debe actuar con lealtad frente a aquellos que no tienen conocimiento en esa área y velar por el correcto cumplimiento de la obligación bancaria. En ese sentido, observamos que, el banco tiene la obligación de utilizar los fondos captados de manera eficiente

y prudente, tomando en consideración los riesgos y posibles daños que pueda ocasionar alguna inversión y transacción de su cliente, como todo buen profesional.

Además, debe en todo momento informar a su cliente, sobre los asuntos relacionados con sus operaciones bancarias, a fin de que este anente de lo que ocurre y pueda tomar decisiones, en base a la opinión de su cliente y no hacerlo arbitrariamente, en detrimento de su cliente, lo cual, generaría una responsabilidad extracontractual para el banco, que incurriera en el abuso del manejo de los fondos captados de sus clientes. Personalmente, considero que, la entidad bancaria, por prestar un servicio profesional, de por sí, conlleva una responsabilidad objetiva, de la cual no puede liberarse, ya que tiene más conocimiento que el cliente, en esa materia y tiene la obligación de actuar conforme a lo establecido en el contrato y las normas de orden público que regulan la actividad bancaria.

- **Vinculación por adhesión**

Este carácter, nos habla de la naturaleza del contrato bancario por adhesión, en donde el banco de manera unilateral, establece las condiciones, cláusulas, derechos y obligaciones para las partes contratante, lo cual, conlleva que el cliente, no pueda proponer condiciones o cláusulas, simplemente se adhiere a lo establecido; es decir, una vez presentado el contrato por el banco, la parte decide si se acoge o no a este (p.e. cuando vamos al almacén a comprar, la mercancía que quieres está allí junto con su precio, tú decides si lo compras o no).

Como bien señalo Rodríguez Azuero, la razón de esta vinculación por adhesión, es que son muchas las personas que buscan a las entidades bancarias para realizar

operaciones, por lo que, se establecen contratos “estándar” a fin de agilizar el proceso y, sobre todo, tomando en cuenta que los clientes, desconocen de las tendencias o situaciones que se mueven en el mundo financiero.

Bajo esta premisa, es importante indicar que, muchos contratos de adhesión llevan consigo cierto detrimento para el adherente, por lo que, se debe tomar las medidas necesarias, para que no existan cláusulas abusivas en el contrato y en caso de existir, que se le impongan sanciones fuertes, a aquellos que las impongan; protegiendo al más débil en la relación contractual, que, en este caso, sería el cliente bancario.

- **Confidencialidad bancaria**

Cuando hablamos de confidencialidad bancaria, nos referimos a la obligación que tienen los bancos, de no brindar información de sus clientes a terceros, salvo por orden judicial. Esta característica, se encuentra como punto rector en materia de contratación bancaria, que imposibilita a los bancos dar información personal o económica de sus clientes (p.e. el monto de sus cuentas, sus datos personales o el origen de sus fondos, entre otros).

No obstante, Rodríguez Azuero hace mención que, de la noción del secreto bancario se ha excluido, la información que registra el manejo inadecuado por los clientes, de los servicios bancarios ofrecidos, cuando pueden ser de ayuda a otra entidad bancaria; en ese sentido, y con la finalidad de proteger a otras entidades bancarias, se han creado plataformas, para que puedan conocer a aquellos clientes, que no cumplen con sus obligaciones dentro del contrato bancario.

Este carácter del derecho bancario está protegido por ley, e inclusive Constitucionalmente, en muchas de las legislaciones contemporáneas; porque el cliente, al brindarle su información personal y económica al banco, está confiándole su vida personal y no debe ser revelada a cualquiera, sin justa causa, ya que, tiene derecho a la protección de su información (protegido constitucionalmente a través del habeas data).

4.3.3 Contenido de los Contratos Bancarios

4.3.3.1 Información Básica

La legislación panameña, a través del Decreto-Ley No. 9 de 1998, que regula la actividad bancaria, ha establecido ciertos requisitos mínimos que debe contener entre ellos:

1. Nombre completo, nacionalidad, domicilio y número de cédula de identidad personal u otro documento de identificación válido de cada uno de los contratantes. En caso de tratarse de una persona jurídica, deberán indicarse la razón social, los datos de identificación registral u otros equivalentes legales, domicilio social más las generales completas de su representante legal.
2. Descripción detallada de los servicios contratados.
3. Monto total de la obligación contraída o de la transacción de que se trate, expresada en términos monetarios, en los casos en que sea aplicable.

4. Indicación de la periodicidad con que deban efectuarse los abonos o pagos de cuotas, el monto de éstos y el lugar donde deban efectuarse.
5. Término de la obligación contraída o de vigencia del contrato.
6. Tasa de interés nominal y la tasa de interés efectiva aplicable con indicación de su método de cálculo. En los casos de líneas de crédito deberá expresarse la fórmula para la determinación de la tasa de interés efectiva aplicable.
7. En caso de que el contrato o transacción contenga exclusiones, limitaciones y/o causales de terminación, éstas deberán aparecer en forma resaltada dentro del texto.
8. Fecha en que se formaliza el contrato o transacción.
9. En el mismo contrato o en documento aparte que en todo caso debe entregarse al cliente bancario, deberá hacerse una descripción detallada de las cantidades que se le vayan a cobrar a un cliente bancario, indicando el concepto del cobro y su expresión o estimación en términos monetarios. Se entienden incluidos los gastos de investigación de créditos, tramitación de solicitudes, intereses moratorios, recargos, comisiones, gastos notariales, de registro, primas de seguros, sobretasas y cualesquiera otros de naturaleza análoga.
10. La forma y la periodicidad con que la entidad bancaria comunicará, al cliente bancario, sobre cualesquier cambio o modificación a los términos y condiciones pactadas en el contrato suscrito.
11. Cualquier otra cláusula o disposición que las partes consideren convenientes estipular.

4.3.3.2 Derechos y Obligaciones¹

El contrato en general, estipula ciertos derechos y obligaciones que deben cumplir las partes contratantes; por ello, mencionare ciertos derechos y obligaciones generales, que debe cumplir tanto de la entidad bancaria como del cliente bancario.

4.3.3.2.1 Obligaciones del Banco

- Informar al cliente bancario, desde el inicio de la relación, los términos y condiciones aplicables al contrato en particular.
- Abstenerse de utilizar los actos otorgados o cumplidos por el cliente bancario, como la firma de documentos en blanco, para fines distintos a los anunciados al momento de requerirlos.
- Abstenerse de impedir, de cualquier manera, que el cliente bancario, sin menoscabar el cumplimiento de sus obligaciones frente al banco, desista de mantener la relación con el banco.
- No aplicar o cobrar cargos por servicios que no han sido prestados por el banco y que no han sido previamente acordados con el cliente bancario, y reembolsarlos al momento de ser exigidos.
- Ser diligente en la atención de consultas y peticiones del cliente bancario para conocer el estado de sus obligaciones o para acreditar su conocimiento ante terceros.
- Informar, sin costo alguno y en un tiempo prudencial, sobre la evolución de las operaciones, cuentas y negocios que mantienen con ellos, así como a emitir

¹ Decreto-Ley No. 9 de 1998 de Panamá. POR EL CUAL SE REFORMA EL REGIMEN BANCARIO Y SE CREA LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS.

libre de cargos los recibos y certificaciones de las transacciones de los clientes bancarios.

4.3.3.2.2 Derechos y obligaciones del cliente bancario

Dentro de los derechos y obligaciones del cliente bancario se encuentran:

- Conocer antes, durante y después, toda la información de manera clara, veraz y sin costo alguno, respecto de un producto o servicio bancario.
- Desistir, en cualquier momento, de continuar la relación con el banco, sin menoscabo del cumplimiento de sus obligaciones, ni de los cargos previamente pactados y aplicables al desistimiento prematuro de la relación.
- Confidencialidad en lo que respecta a su relación con el banco frente a terceros, así como a su privacidad.
- Recibir un servicio diligente y eficiente por parte del banco, particularmente en lo que respecta a consultas y peticiones para conocer el estado de las obligaciones o derechos dimanantes de las mismas.

Dentro de las obligaciones del cliente bancario se encuentran:

- Brindar la información necesaria solicitada por el banco para iniciar la relación contractual.
- Leer previamente el contrato que desea suscribir con la entidad bancaria.
- Actuar de buena fe durante la relación contractual.
- Actualizar cualquier cambio a su información brindada a la institución con que ha contratado (información personal o económica).

- Cumplir con la prestación debida, en el tiempo, modo y condiciones establecidas en el contrato bancario.
- Cumplir con las demás obligaciones pactadas en el contrato.

4.3.4 Principales Contratos Bancarios

Existen muchos contratos en materia bancaria; sin embargo, para darle fundamento a nuestro análisis posterior, estudiaremos los contratos más comunes que realizan las entidades bancarias, en relación con lo establecido en la ley de moratoria bancaria panameña.

4.3.4.1 Contrato de Cuenta Corriente

De acuerdo con el Diccionario Bursátil y Bancario, “es una cuenta bancaria a nombre de una persona física o jurídica, que se tiene en una institución. Aquella cuenta que se utiliza en las relaciones financieras y comerciales entre dos o más personas que, mediante créditos y deudas, y con anotaciones en el debe y el haber, realizar diversos tipos de transacciones” (Greco, 2009).

Pedro Mario Giraldi, en su libro cuenta corriente bancaria y cheque, define la cuenta corriente como “una manera de anotar, entre el debe y el haber, las relaciones económicas y términos de duración que mantienen dos personas. Se trata de una cuenta que registra una serie continuada de operaciones y que no se cierra, que se considera siempre abierta y que hasta su clausura no arrojará sino resultados provisorios” (Giraldi, 1979).

La cuenta corriente es un típico ejemplo de las operaciones neutras en un Banco, autónomo y con caracteres definidos (anteriormente era concebido como un contrato accesorio al depósito de dinero), que lo diferencian de otros contratos y surte sus propios efectos jurídicos. Según Garrigues, el contrato de cuenta corriente es un “contrato de gestión, en virtud del cual, el Banco se compromete a realizar por cuenta de su cliente cuantas operaciones son inherentes al servicio de caja, realizando las correspondientes anotaciones (Garrigues, 1975).

En ese sentido, se dice que el elemento característico del contrato de cuenta corriente es el “servicio de cajas”, en donde el Banco se obliga a ejecutar las ordenes del cliente, a cambio de una comisión (debe y haber); además, el cliente tiene disponibilidad de los fondos, que le permite retirarlos en cualquier momento que lo necesito. Esta figura se basa en una relación comercial de confianza mutua entre Banco y cliente, como sucede en las operaciones neutras.

Las cuentas corrientes pueden aparecer a nombre de uno sólo o varios titulares, que cuentan con facultades de disposición en la entidad crediticia y con poder para cancelarla. En cuanto a las particulares (un solo titular), solamente una persona es la responsable ante las prestaciones del banco. En cambio las plurales o colectivas, viene compartida por varias personas, cuya relación esta basada en familiaridad o de negocios, que en cualquiera de los casos, responden solidariamente ante el Banco; además, en la práctica, para estos casos se aplica el “y, o”, en donde el “y” imposibilita a los cotitulares ejercer acciones en su cuenta sin autorización del resto de los cotitulares; en cambio la conjunción “o” permite realizar operaciones bancarias sin autorización de los cotitulares.

Aclarado lo anterior, al ser un contrato bancario bilateral, se establecen ciertas obligaciones y derechos, que deberán cumplir las partes del contrato, tal como se ha indicado previamente. Dicho esto, para el caso que nos ocupa, el Banco debe cumplir con dos (2) principales funciones:

- Asumir la función de prestatario de servicios múltiples en interés del titular de la cuenta (como apertura de la cuenta y gestión de cobros), en donde se proporciona un libro o soporte contable, que registra de modo constante las operaciones que realiza durante toda la vigencia del contrato; además, realiza cobros y pagos a nombre del cliente, conforme a las instrucciones dadas.
- Informar al cliente sobre cualquier cambio que ocurra dentro de su relación contractual (cambios de condiciones, tasas o plazos pactados), mediante su notificación, conforme a lo pactado; siendo así, en la práctica, se conoce que, las entidades crediticias realizan modificaciones a las condiciones del contrato sin consultar con el cliente (intereses y gastos), bastando la notificación, que le permitirá aceptar o denunciarlas expresamente.

De igual forma, el cliente deberá mantener los fondos para ejecutar las órdenes, realizar los pagos por las comisiones, mantenimiento y administración de la cuenta, y brindar toda la información necesaria sobre sus datos personales, en cumplimiento con la debida diligencia aplicada que debe resguardar cada entidad bancaria sobre el cliente (formulario de conocimiento al cliente).

En cuanto a la extinción de este tipo de contrato, al ser generalmente indefinido, se puede realizar de manera unilateral por el cliente o la entidad crediticia. En el primer

caso, el cliente indica su intención de cerrar la cuenta y terminar la relación contractual. En el segundo caso, el Banco decide que ya no quiere continuar con la relación, para lo cual, deberá notificar previamente al cliente de su decisión (generalmente son 15 días antes). El efecto jurídico de la extinción es que no podrá realizar gestión alguna sobre la cuenta, salvo los acordados previamente a su extinción (Sequeira Martín, y otros, 2007).

4.3.4.2 Contrato de Tarjeta de Crédito

En sus inicios, las tarjetas eran simples documentos de papel que permitían aplazar el pago de determinados bienes y servicios ofrecidos por el emisor de la tarjeta, en donde existía una relación bilateral entre el emisor y consumidor del producto. A partir de 1950 nace en Estados Unidos las tarjetas bancarias, cuando el Franklin National Bank emitió la primera tarjeta de crédito, que permitía pagar servicios y bienes en distintos establecimientos, agilizando los pagos por parte de sus clientes; además, con la globalización y el avance de las tecnologías, esta forma de pago adquirió mayor auge a nivel mundial, dejando de lado de a poco el uso de dinero en papel (Sequeira Martín, y otros, 2007).

En ese sentido, clasificaremos las tarjetas bancarias en tres (3) grupos:

- **Tarjeta de crédito:** es una tarjeta emitida por una entidad financiera, que permite al cliente pedir una suma de dinero determinada y pagarlo en cuotas o plazos. En la actualidad, es uno de los productos más utilizados a nivel mundial, para realizar compras; esto funciona como un préstamo de dinero

al Banco, que luego se pagara junto con el cobro de intereses antes del vencimiento del pago. A diferencia de las tarjetas de cargo, estas tienen un límite de transacciones y dependerá de la entidad financiera y la capacidad del cliente.

- **Tarjetas de débito:** es una tarjeta que va ligada a una cuenta en el Banco, en donde el cliente dispone de los fondos que tiene en su cuenta corriente o de ahorros, mediante el uso de su tarjeta débito, para realizar compras y pagos de servicios; es decir, no realiza préstamo al banco ni paga intereses, ya que son fondos propios del cliente (siempre asociado a su cuenta personal).
- **Tarjetas de cargo:** son aquellas que se acumulan las transacciones realizadas por el cliente y al final del período (generalmente mensual o al recibir su estado de cuenta) se deberá pagar íntegramente al banco. Generalmente estas tarjetas no tienen límite de uso, por lo que, puedes realizar compras con más libertad y flexibilidad, a cambio del pago de la cantidad gastada, en la fecha señalada en el contrato.

Para el caso que nos ocupa, estudiaremos en específico las tarjetas de crédito, como una fuente generadora de deudas para los clientes y de riesgo de pérdida para los bancos. Siendo así, el Diccionario Bursátil y Bancario, define las tarjetas de crédito como “documento nominativo legítimamente intransferible, cuya finalidad es permitir al usuario beneficiarse con las facilidades de pago pactadas con el emisor y las resultantes del contrato celebrado entre éste y el proveedor del bien o servicio

requerido por aquel (...). Cualquier tarjeta u otro documento que permite a su titular disponer de un crédito otorgado por su emisor y utilizado por su titular o usuario en la adquisición de bienes o en el pago de servicios vendidos o prestados por establecimientos afiliados al correspondiente sistema; sin perjuicio de las prestaciones adicionales que se podrán otorgar al titular de la tarjeta” (Greco, 2009).

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, indica que “es una tarjeta emitida por un banco u otra entidad financiera que autoriza a la persona a cuyo favor es emitida a efectuar pagos, en los negocios adheridos al sistema, mediante su firma y la exhibición de tal tarjeta. Nace así, un crédito del vendedor contra el banco o entidad emisora y de éstos contra el tenedor de la tarjeta” (Ossorio, 2008).

El contrato de tarjetas de crédito, es cuando una entidad crediticia, le otorga una tarjeta a otro (en este caso cliente o titular), para que realice adquisición de bienes y pagos de obligaciones en distintos establecimientos, sin necesidad de disponer dinero en efectivo. La esencia de las tarjetas de crédito es que, el Banco pone a disposición del cliente, un crédito con un límite máximo de fondos (que puede ser cambiado o modificado por las partes), que podrá utilizar con libertad; y este a su vez, se compromete a reintegrar o devolver al emisor las cantidades pagadas, en los plazos y terminos señalados y con los intereses pactados.

Se entiende que, el límite establecido, es el máximo de deuda que tendrá el cliente (salvo por los intereses) frente al emisor de la tarjeta y podrá realizar cambios en su forma de pago (practica bancaria general); este crédito se puede renovar, en la misma proporción o cantidad contra la totalidad del pago por parte del cliente, hasta el vencimiento de la tarjeta de crédito (Sequeira Martín, y otros, 2007).

Al ser un contrato bilateral, surte obligaciones tanto para el emisor como el titular de la tarjeta de crédito, por lo que, mencionaremos las más importantes:

- El emisor se compromete a poner a disposición del titular un crédito (cantidad de dinero), que podrá utilizar libremente, en distintos establecimientos hasta el vencimiento pactado.
- El emisor concederá la tarjeta de crédito, con sus accesorios (número de PIN) y deberá facilitar los estados de cuenta por el uso de la misma.
- El titular se compromete a realizar el pago de las tasas anuales y restituir o abonar en los términos señalados en el contrato las cantidades puestas a disposición por parte del emisor.
- El titular se obliga a utilizar la tarjeta conforme a las condiciones pactadas y su devolución al emisor, una vez culminado el contrato.

Por último, en cuanto a la extinción de este contrato, se entiende que es indefinido, (pese a que las tarjetas llevan una fecha de expiración al pie de esta); sin embargo, se concede a las partes la potestad de extinguir su relación contractual, con el debido preaviso a la otra parte. Además, el incumplimiento de lo pactado, puede generar la culminación del mismo (dependerá de cada entidad crediticia).

4.3.4.3 Contrato de Préstamo

El diccionario Bursátil y Bancario, define al préstamo bancario como “crédito que, en su forma típica, consiste en la entrega al prestatario de una cantidad de dinero,

con la finalidad de usarla y el compromiso de devolverla más un interés y en el tiempo y forma convenientes” (Greco, 2009).

De acuerdo con el Código Civil de Panamá, el préstamo se define como:

Artículo 1431: Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato², o dinero u otra cosa fungible, con condición de volver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo. El comodato es esencialmente gratuito. El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés.

El diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales lo define como un “contrato real que ofrece dos modalidades. En la primera, una parte entrega a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada para consumir, obligándose a devolver, en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad. Se llama también mutuo o préstamo de consumo. En la segunda, una de las partes entrega a la otra una cosa no fungible, mueble o inmueble para que use de ella y la devuelva en el plazo estipulado, se llama asimismo comodato o préstamo de uso (...)”.

De las definiciones expuestas, podemos definir el préstamo bancario como un contrato unilateral, real y adhesivo, en donde una entidad crediticia, le presta una cantidad de dinero u otra cosa fungible, que deberá devolver en la misma calidad y en los plazos pactados. Lo que caracteriza a este tipo de contratos es que, el banco es quien redacta las cláusulas y condiciones, mediante un contrato tipo (práctica

² De acuerdo con el Código Civil, el comodante conserva la propiedad de la cosa prestada, por lo que, el comodatario solamente está en uso de ella, pero no de los frutos, a diferencia de lo que ocurre con el préstamo simple.

bancaria) y el prestatario decide si acepta o no el mismo; además, representa un derecho real, ya que pasa a ser propiedad del titular los dineros o cosas fungibles prestadas, a cambio de su restitución, conforme a lo pactado.

Para delimitar la investigación, nos concentraremos en el simple préstamo, desarrollado por el Código Civil en el Título IX, Capítulo II, estableciendo los siguientes presupuestos:

- El que recibe un préstamo dinero u otra cosa fungible adquiere su propiedad, y esta obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad.
- La obligación del que toma dinero a préstamo, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1057 del C.C.
- Si lo prestado es otra cosa fungible, o una cantidad de metal no amonedado, el deudor debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio.
- No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactados.
- No vale la estipulación de intereses de intereses (usura)³.
- El prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital.

³ El diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales define la **usura** como “Interés excesivo en un préstamo. En esta segunda acepción, algunas legislaciones llegan a configurarla como hecho delictivo, y en materia civil constituye un vicio que da lugar ya sea a la nulidad del acto jurídico tachado de usurario, ya sea a un reajuste equitativo (está prohibida la usura en Panamá).

- El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro de curso legal en Panamá, teniéndose presente las respectivas equivalencias.

En ese sentido, es relevante hacer mención de la figura del interés, que no es más que, el lucro producido por el capital, provecho, utilidad, ganancia (Ossorio, 2008). Es práctica bancaria, que en los préstamos se establezca un capital (importe del crédito otorgado) y el pago de intereses mensuales o anuales (dependiendo de la entidad) que devenga por sí solo esta figura, como ha sido pactado durante la vigencia del contrato; estos intereses suelen estar fijados en todos los contratos tipo y podrá variar con la debida notificación al cliente.

Dicho esto, es necesario conocer los tipos de intereses que se reconocen en la contidianidad de las obligaciones:

- ✓ Interés legal: es aquel que la ley establece su cuantía, a falta de estipulación previa o convenio de las partes.
- ✓ Interés privado o convencional: es producto de la conveniencia o el acuerdo entre las personas contratantes, que establecen la cuantía que deberá pagar sobre el capital (es el más utilizado).
- ✓ Interés moratorio: este tipo de intereses corresponde a los pagados por daños y perjuicios sufridos por la mora de uno de los contratantes en el cumplimiento de su obligación y se devengarán desde la fecha siguiente

establecida para realizar los pagos. En estos casos, incurrirán en mora⁴ los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

Existen diferentes tipos de préstamos bancarios, entre ellos se encuentran los préstamos personales (financian necesidades concretas del deudor), de consumo (financian bienes de consumo como vehículos, muebles, entre otros), hipotecarios (aquellos que se garantizan con hipoteca sobre un bien) , comerciales y para empresas (financiación de proyectos, pagos de proveedores e inversión), los cuales estudiaremos más adelante como alcances de la ley de moratoria bancaria.

El contrato de préstamo se extingue por las establecidas de manera general en las obligaciones, en específico por el pago o cumplimiento de la obligación contraída. Sin embargo, hay cláusulas de extinción anticipada del contrato, que estará establecida dentro de los contratos tipo y dependerá de la política de cada entidad bancaria; podemos mencionar las causas más comunes:

1. La falta de pago del principal, intereses, comisiones y demás cantidades adeudadas por el cliente
2. La no destinación de los fondos hacia la finalidad pactada en el contrato
3. Incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones establecidas dentro del contrato, incluyendo las accesorias.

⁴ El diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, define la mora como “Tardanza en el cumplimiento de una obligación | De modo más específico, retraso en el pago de una cantidad de dinero líquida y vencida.

4.3.4.3.1 Contrato de Préstamo Hipotecario

La hipoteca se define como el “Derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles, para garantizar con ellos la efectividad de un crédito en dinero a favor de otra persona. Generalmente, el inmueble gravado es propiedad del deudor, pero también una persona que no es la deudora puede constituir hipoteca sobre un inmueble suyo para responder de la deuda de otra persona” (Ossorio, 2008).

Nuestro Código civil indica que “las hipotecas sujetan directa e inmediatamente los bienes sobre que se ponen, al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen, cualquiera que sea su poseedor (...)” (Artículo 1566 del CC). Es decir, cumple tanto la finalidad de aseguramiento del cumplimiento de una obligación, como el derecho real que se impone sobre el bien como garantía de un crédito.

Las principales características de la hipoteca son:

- **Es un derecho real:** le otorga un derecho al acreedor directo e inmediato sobre el bien gravado hasta el cumplimiento de la obligación.
- **Accesoriedad:** el bien gravado depende de un crédito o préstamo al que está ligado para su cumplimiento; es decir, es un contrato accesorio al principal (en este caso el préstamo).
- **Susceptible de inscripción y preferente:** al incluirse los bienes inmuebles como hipotecables, se constituye un derecho real sobre el bien, el cual, puede ser inscrito en el Registro, para publicación y oponibilidad frente a

terceros, que le permitirá tener preferencia frente a otros acreedores del deudor.

- **Función de aseguramiento o garantía:** el propósito de la hipoteca es garantizar el cumplimiento de una obligación adquirida por el deudor
- **Propiedad del deudor:** generalmente se constituye la hipoteca sobre los bienes del deudor, titular del crédito o préstamo, salvo se pacte lo contrario.
- **Recae en cosa ajena enajenable:** el titular del derecho de hipoteca es el acreedor, en cuyo favor se constituyó para garantizar una obligación.
- **Indivisible:** la hipoteca sobre el bien subsiste aun cuando se hayan cumplido con parte de la obligación, ya que responde por el íntegro cumplimiento.

De acuerdo con nuestra legislación, sólo podrán ser hipotecados:

- ✓ Los bienes inmuebles.
- ✓ Los derechos reales enajenables, con arreglos a las leyes, impuestos sobre bienes de aquella clase.
- ✓ Los bienes muebles susceptibles de ser específicamente determinados o individualizados y de ser descritos a suficiencia.

En este sentido, el préstamo hipotecario es un contrato mediante el cual, una persona le otorga un crédito o dinero en favor de otra, y esta a su vez, se obliga a fijar un gravamen sobre un bien, que garantiza al acreedor el cumplimiento de las sumas o crédito concedido. El profesor Jacinto Javier Espinosa en su obra “Los Derechos Reales en el Ordenamiento Jurídico Panameño” (ESPINOSA, 2019), nos enseña que la hipoteca se puede extinguir de dos formas:

- **Directa:** en el supuesto de que se destruya la cosa hipotecada, o se expropie por razones de orden público o interés social; se extenderá la hipoteca a la indemnización por expropiación o si el bien tenía seguro de siniestro a la indemnización correspondiente.
- **Indirecta:** cuando se cumplen alguna de las causales de extinción de las obligaciones como el pago, condonación de deuda, confusión de derechos de acreedor y deudor, compensación por novación y por prescripción de la obligación.

CAPITULO V: ANÁLISIS DE LA LEY DE MORATORIA BANCARIA EN RELACIÓN A LA DOCTRINA DE LA IMPREVISIÓN

5.1 PROCEDENCIA DE LA LEY DE MORATORIA BANCARIA PANAMEÑA

La problemática latente del COVID-19 y su inminente declaración como pandemia, ha ocasionado que la mayoría de los países declaren un estado de emergencia sanitario, generando incertidumbre y crisis para la sociedad en general. Los flagelos de esta declaratoria trajeron consigo una afectación al sistema financiero mundial, ya que muchas personas se vieron afectadas en sus negocios y jornadas laborales, impidiendo mantener una liquidez o solvencia económica. No solamente eso, muchos países tuvieron que cerrar sus fronteras como es el caso de Honduras, El Salvador, Argentina, Chile, Paragua, impidiendo el flujo del comercio y la movilidad de sus ciudadanos y entrada de extranjeros al país, paralizando sus actividades turísticas y comerciales; además, la reducción de personal en las empresas, despidos e incluso cierres de estas, aumentaron el estrés y la preocupación de la población en general.

No cabe duda de que, este hecho imprevisible, ocasionó la pérdida de millones de vidas humanas y una crisis en la economía mundial, que nos costara muchos años devolver a su estado habitual; sin embargo, este es un compromiso que todos los gobernantes tienen con su país, para crear estrategias y planes de contingencia ante esta situación y los efectos negativos que nos han dejado a nivel internacional.

En este punto crítico, lo más importante era contrarrestar los efectos negativos producto de la pandemia como cierres de empresas, deterioro de inversión

extranjera, reducción de movilidad, desempleos, suspensión del comercio exterior, entre otros; por lo tanto, se buscó establecer un mecanismo que disminuyera el impacto económico y social de este fenómeno mundial; siendo este, la aplicación de la moratoria bancaria, la cual, se concedió por un tiempo determinado, a fin de que las personas pudieran suspender el cumplimiento de las obligaciones contraídas hasta que la crisis sanitaria internacional sea superada.

Luis Fernando Reyes, socio legal de BDO en Colombia, nos señala un punto importante, en cuanto al principio de “los contratos deben cumplirse”, al indicarnos que “Nos encontramos ante un estado de guerra contra un virus que ha impactado a casi todo el planeta, obligando a los Estados a modificar las dinámicas sociales y económicas, que hoy son muy lejanas al escenario en el que fueron negociados un gran número de contratos. La reflexión y el llamado en este momento de profunda crisis, es a que, siguiendo los principios de la buena fe y de confianza legítima que deben primar en las relaciones contractuales, de mutuo acuerdo y conscientes del nuevo escenario que nos impone la guerra contra el COVID 19, se revisen los contratos y se ajusten considerando los efectos de los hechos imprevistos que afectan su ejecución” (Reyes Ramírez, 2020).

Durante una entrevista al periódico La Estrella, el ministro de Economía y Finanzas, Héctor Alexander, al referirse al impacto del virus en materia económica, manifestó que, “No sabemos qué tanto se va afectar, pero seguramente incidirá en el crecimiento del país, aumentará el desempleo y las recaudaciones fiscales bajarán”, “Es una historia en desarrollo”. No cabe duda de que, el sistema financiero panameño e internacional debe adecuarse a la nueva realidad mundial, y establecer

políticas y estrategias, para mitigar las consecuencias del deterioro económico y comercial de los distintos países, a causa de un hecho extraordinario e inminente como es la pandemia.

La aplicación de una ley de moratoria implica que se ha tomado en consideración la preocupación colectiva, sin dejar totalmente la responsabilidad que tienen las personas de cumplir con sus obligaciones íntegramente; situación que ocasionó que países de América Latina como es el caso de Perú, República Dominicana, Brasil, Chile, adoptaran un esquema de garantías estatales, o como Panamá, una ley de moratoria bancaria. Por eso, mediante la ley 156 del 30 de junio de 2020, que dicta medidas económicas y financieras para contrarrestar los efectos del COVID-19, el presidente de la República Laurentino Cortizo, junto con el Ministerio de Economía y Finanzas y la Superintendencia de Bancos, han creado un “modus operandi” a fin de que las personas más afectadas en sus recursos económicos, con esta pandemia, puedan mantener sus créditos bancarios al día (la no aplicación de sanciones o medidas más allá por el impago de las obligaciones), hasta antes de haberse producido la pandemia, creando un ambiente de diálogo entre banco y cliente.

Lo cierto es que, en este tipo de acontecimientos de alcance mundial, es necesario que se aplique la teoría de la imprevisión, debido a que, son hechos que dificultan el cumplimiento de una obligación, por volverse excesivamente onerosa. Desde mi perspectiva como estudiante y abogada, la moratoria bancaria es producto de ese principio de buena fe y equidad jurídica, que debe existir antes, durante y al final de una relación contractual, en el cual, se busca la mayor igualdad posible entre los

contratantes, sin importar cuál es la persona más fuerte económicamente en el contrato. En ese sentido, esta moratoria bancaria viene a aliviar la presión económica de la población en general y también a evitar que el sistema bancario colapse, debido a los atrasos en los pagos y la imposibilidad de adquirir nuevos créditos.

5.2 CONCEPTO DE MORATORIA BANCARIA

La moratoria consiste en un ofrecimiento por parte del acreedor a su deudor, para aplazar la obligación debida, bajo determinadas condiciones, por un período de tiempo, que será establecido generalmente por el acreedor. En ese sentido, se dice que es producto de la autonomía de la voluntad, por lo que, ambas partes deben estar de acuerdo con acogerse a ella (es voluntaria y privada).

El diccionario jurídico elemental de Guillermo Cabanellas define la moratoria como “espera o suspensión de los términos concedida a los deudores para que, en el intermedio, puedan procurarse bienes con los cuales pagar las deudas pendientes y vencidas” (Cabanellas, 1993). En síntesis, es la prórroga que se le otorga a una persona, para que, en un tiempo determinado, pueda hacerles frente a las obligaciones contraídas en el contrato.

Esta figura surgió como un mecanismo de mitigación económica, para las personas que se han visto afectadas drásticamente por un estado de emergencia como es el caso de la guerra o pandemia; situación que vivimos producto del COVID-19. La finalidad de esta moratoria es disminuir la presión de las personas afectadas

económicamente con la crisis sanitaria, y garantizar que concluida la circunstancia o hecho extraordinario e imprevisible que dificulta el cumplimiento de su obligación, no se vea afectado con sus acreedores; esta iniciativa se concibe como una forma de “alivio financiero” de carácter temporal para la población panameña, con el propósito de evitar el inminente estado de mora en las prestaciones debidas entre acreedor y deudor.

En ese sentido, la moratoria bancaria que ha establecido Panamá atiende a ese aspecto de económico social, que permite a los clientes acudir a su entidad financiera y solicitar se les aplique la moratoria, porque han sobrevenido circunstancias imprevisibles que dificultan en ese momento continuar con el pago de sus obligaciones como se había estipulado. Debemos resaltar que, la moratoria no elimina la deuda, simplemente la aplaza por un tiempo determinado, hasta que el cliente pueda reestablecerse financieramente.

La moratoria bancaria, se emplea para mitigar el impacto de la crisis financiera, sin generar mayores pérdidas para el banco; esto debido a que, suspende el contrato bancario, permitiéndole al cliente mantener su crédito al día, sin generar más intereses en su contra y evitar que el sistema bancario colapse, producto de la mora establecida. Desde esta perspectiva, lo importante de la moratoria, consiste en establecer los términos y condiciones que regirán esta figura jurídica, para que una vez concluida, se adopten las medidas respectivas para darle cumplimiento a la obligación contraída, sin que colapsen los deudores. Por ello, no cualquiera puede acogerse a la moratoria, ya que debe cumplir con ciertos requisitos de iliquidez económica, para acreditar su condición de vulnerabilidad.

De las anotaciones comentadas, podemos deducir que, la moratoria bancaria es una forma de suspensión del contrato (no extingue la obligación), que permite aplazar el cumplimiento de la obligación para el deudor, cuando haya sobrevenido circunstancias extraordinarias que dificultan su cumplimiento. Esta figura cumple una función social, al aplicar el principio “Rebus Sic Stantibus” que viene a ser la excepción del principio pacta sunt servanda “todos los contratos deben cumplirse”; tomando como punto central, el hecho impredecible acaecido, que afecta la economía mundial.

5.3 ESTRUCTURA DE LA LEY

La ley 156 del 30 de junio de 2020, que dicta medidas económicas y financieras para contrarrestar los efectos del COVID-19 en la República de Panamá, se encuentra dividida en 10 capítulos; sin embargo, me enfocare en 5 principales puntos como beneficiarios, alcance, aplicación, efectos y regulación.

5.3.1 Beneficiarios

En este primer punto se indicará, las personas que serán amparadas bajo la ley de moratorio bancaria, ya que no todas las personas pueden acogerse a esta normativa; ya que, la naturaleza de esta ley es brindarles un alivio económico a los panameños que se han visto más afectados económicamente con los efectos de la pandemia, ocasionando un cambio sustancial en su modo habitual de vida. Siendo así, la ley consagra lo siguiente:

“Artículo 1. Los beneficios establecidos en la presente Ley solo serán aplicables a las personas afectadas por la crisis económica causada por la pandemia del COVID-19, es decir, las personas a quienes se les ha suspendido o cesado su contrato laboral, los trabajadores independientes y comerciantes cuya actividad se ha visto afectada por las medidas sanitarias establecidas por el Órgano Ejecutivo.

Las personas que durante la declaratoria de emergencia sanitaria continúan recibiendo un salario fijo o ingreso regular producto de su actividad comercial no podrán acogerse a la presente Ley”.

Artículo 5. La Autoridad Nacional de los Servicios Públicos deberá adoptar medidas con los prestadores de servicios públicos para que, a las radioemisoras nacionales, dentro de la declaratoria de la emergencia sanitaria nacional, en cumplimiento de su función social de informar a la población, se les pueda otorgar una moratoria del pago por noventa días prorrogables.

Como observamos, el artículo 1 va dirigido a delimitar las personas que tienen la facultad de ser beneficiadas con esta ley, omitiendo a aquellos que tengan un ingreso fijo o regular producto de su actividad; esto a razón de que, al mantener un salario fijo, no necesita de una moratoria en sus préstamos, ya que tiene la suficiente liquidez económica para hacerle frente a sus obligaciones bancarias. Este criterio es compartido dentro de la esfera bancaria, ya que, resultaría injusto para la entidad bancaria otorgarle una moratoria a una persona que cuenta con los recursos para estar “al día” con sus préstamos o responsabilidades crediticias, y que por el simple pensamiento de “no quiero pagar mis deudas” se acoja a esta ley, en evidente detrimento económico para dicha entidad bancaria.

5.3.2 Alcance

Este punto es muy importante, ya que nos permitirá como clientes o usuarios⁵, comprender la extensión o alcance de la moratoria bancaria, esto debido a que, no todas las operaciones bancarias están siendo objeto de esta ley, sino aquellas obligaciones que son de tracto sucesivo o de ejecución periódica; es decir, engloba a esas obligaciones que deben cumplirse continuamente por un tiempo determinado, como es el caso del préstamo hipotecario, de consumo o las tarjetas de crédito.

Debemos resaltar que, esta moratoria no sólo se aplicará a los bancos, sino también a intermediarios financieros, que se dedican a realizar contratos de préstamos o conceder créditos; es por ello que, la ley incluye a las cooperativas y financieras, sin hacer distinción entre públicos o privados, porque son muchos los panameños que no suelen pedir crédito a los bancos, sino que, se orientan o tienen una mayor afinidad a otros intermediarios financieros, ya sea porque son más rápido o las tasas son menores o en general porque confían más ellas; situación pues que, obliga a la ley a incluirlos en esta moratoria.

Así lo consagra el Artículo 2 de la ley de moratoria bancaria:

“Artículo 2. Se establece una moratoria sobre los préstamos otorgados por los bancos, cooperativas y financieras hasta el 31 de diciembre de 2020, para las personas naturales y jurídicas afectadas económicamente debido al estado de

⁵ El cliente bancario es aquella persona que contrata productos y servicios con una institución financiera. En cambio, el usuario bancario no necesariamente contrata con la entidad financiera; sin embargo, utiliza sus servicios.

emergencia nacional con motivo del COVID-19. Esta moratoria también es extensiva a los préstamos otorgados por cooperativas y financieras, tanto públicas como privadas:

- 1. Préstamos hipotecarios residenciales*
- 2. Préstamos personales*
- 3. Préstamos de auto*
- 4. Tarjetas de crédito*
- 5. Préstamos a la pequeña y mediana empresa*
- 6. Préstamos comerciales*
- 7. Préstamos al sector transporte*
- 8. Préstamos al sector agropecuario*
- 9. Créditos de consumo”*

Esta delimitación sobre las operaciones activas del banco que pueden ser objeto de moratoria bancaria atiende a un sentido cualitativo y cuantitativo⁶ de esta figura, ya que representa una gran problemática tanto para la entidad crediticia, que es la encargada de otorgar el crédito; como para el cliente que tiene una obligación por sumas significativas, y que su retraso en el pago generaría un aumento excesivo en los intereses, lo cual, alargaría la deuda con la entidad bancaria. De cara a la situación, se busca que los créditos que generan mayor afectación financiera sean a los que se les aplique la prórroga en el pago de su capital e intereses, por el nivel

⁶ En su sentido cuantitativo, hacemos alusión a la cantidad o los montos que deberá pagar el deudor a su entidad crediticia, basándonos en los créditos que por su naturaleza generan más intereses y con ello, una mayor afectación a su capacidad financiera.

de riesgo operativo que representa para la entidad y el impacto económico que representaría para el cliente.

5.3.3 Aplicación

Como hemos indicado en párrafos anteriores, la moratoria bancaria se aplica a las personas a quienes se les ha suspendido o cesado su contrato laboral, disminuido su jornada laboral, los emprendedores independientes y aquellos que se dedican a actividades económicas como industriales, constructoras, entre otros, que hayan sufrido un detrimento económico significativo. En ese orden de ideas, la ley señala que, para acogerse a la moratoria, deberá presentar una declaración jurada en papel simple o ante notario público, o carta de despido, suspensión de trabajo o disminución de la jornada de trabajo (públicos o privado), que acredite el estado de incapacidad o insolvencia económica para hacerle frente a sus obligaciones crediticias; esto con el único fin de que, solamente las personas que no puedan bajo ninguna circunstancia cumplir con sus deudas, bajo las condiciones originales, se acojan a esta figura.

Esta ley es de orden público y de interés social, puesto que, son normas o disposiciones que buscan proteger los bienes jurídicos tutelados por el Estado, siempre bajo la premisa de velar por los intereses colectivos; es decir, rige un carácter social, que valora por encima de todo, los intereses de la población en general. De allí que, muchos panameños han sido beneficiados con la aplicación de esta medida de mitigación de las consecuencias económicas que llevan consigo una declaración de pandemia.

Esta ley comenzó a regir a partir del miércoles 1 de julio de 2020, bajo la gaceta oficial N°29059, por lo que, se entiende que es del conocimiento público y tendrá efectos retroactivos hasta el 1 de marzo de 2020. La retroactividad de la ley se aplica cuando esta regula hechos o acontecimientos anteriores a la vigencia de la ley, por considerar que será en beneficio de la población en general; debemos tener presente que, en otras circunstancias, la ley no tiene carácter retroactivo, debido a que, prima el principio de seguridad jurídica, que la obliga a cumplir sus efectos con posterioridad a su promulgación.

5.3.4 Efectos

Al momento de entrar en vigencia la ley, siempre surten efectos jurídicos, que para el caso que nos ocupa, se dirigen al sistema bancario panameño, en relación con sus clientes; dentro de estos efectos se encuentran:

- Las entidades bancarias, cooperativas y financieras no podrán efectuar cobros y ejecución judicial, aumentar las tasas de interés aplicadas, recargos o cualquier otro interés por falta de pago, pago atrasado o por cualquier otro motivo sobre todos los créditos incluidos en el artículo 2, del 1 de marzo al 31 de diciembre de 2020.
- Durante la declaratoria de emergencia sanitaria nacional y hasta sesenta días después de que esta se levante, no se verán afectadas las referencias crediticias de las personas, las cuales están registradas en la Asociación Panameña de Crédito.

- Una vez levantada la declaratoria de emergencia sanitaria nacional, los pagos suspendidos a las radioemisoras serán diluidos en el término de dos años.
- Vencido el término de la moratoria establecida en la presente Ley, los acreedores, de común acuerdo con el deudor, deberán establecer los mecanismos necesarios para que el deudor (también denominado “cliente”) pueda retomar, a través de refinanciamiento o prorrato de compromisos las obligaciones adquiridas, sin que ello conlleve el cobro de recargos por mora o cualquier otro pago en concepto de gastos administrativos, ni afectación en su referencia de crédito.

5.3.5 Regulación

La entidad reguladora, que se encargara de velar por el estricto cumplimiento de esta ley y sus efectos, es la Superintendencia de Bancos (ente regulador bancario), el Instituto Panameño Autónomo Cooperativo, el Ministerio de Comercio e Industrias (en representación del Estado) y demás autoridades competentes. Estas entidades reguladoras, tendrán plena facultad para imponer las sanciones respectivas, a aquellos intermediarios bancarios que no cumplan con lo establecido en esta ley.

En específico, la Superintendencia de Bancos de Panamá, como un ente regulador bancario, deberá adoptar las medidas, políticas y resoluciones que consideren oportunas, para el mejor cumplimiento de esta ley, atendiendo a la situación financiera o bancaria en general y a los hechos imprevisibles que ocasionaron un estado de emergencia a nivel mundial.

5.4 APLICACIÓN BANCARIA

La aplicación de la moratoria bancaria ha variado en cada institución financiera, conforme a sus propios intereses, manuales y políticas de gobierno interno, lo cual es válido, ya que, no se puede comparar una entidad con otra, pese a que se dediquen a operaciones afines; estas estrategias deben atender a los acuerdos firmados con el Estado panameño y la adopción de las resoluciones emitidas por la Superintendencia de Bancos.

De cara a este punto, me gustaría enfocarme en los acuerdos que estableció la Superintendencia de Bancos⁷, como ente regulador para adoptar la figura de la moratoria bancaria, la cual, funciona como marco de referencia a las entidades bancarias para establecer sus políticas y estrategias para la reestructuración de los créditos. Siendo así, mencionaremos las más relevantes en ese sentido:

- **Acuerdo N°2 de 2020:** Que establece medidas adicionales, excepcionales y temporales para el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el Acuerdo No. 4-2013 sobre riesgo de crédito. El referido Acuerdo permitirá a los bancos modificar las condiciones de los préstamos corporativos y de consumo de clientes cuya capacidad de pago se vea afectada por la crisis ocasionada por el COVID-19, a fin de proveerles un alivio económico a los mismos.

⁷ Estas resoluciones se encontraron en la página web de la Superintendencia de Bancos de Panamá, por lo que, es una información pública y de conocimiento colectivo para la sociedad panameña. Entrar al link: <https://www.superbancos.gob.pa/medidas-covid/acuerdos-bancarios>

- **Acuerdo N°5 de 2020:** Por medio del cual se modifican los artículos 39, 41 y 42 del Acuerdo No. 4-2013 sobre la gestión y administración del riesgo de crédito inherente a la cartera de crédito y operaciones fuera de balance. El referido Acuerdo adiciona las cartas de garantía emitidas por la Autoridad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa (AMPYME) bajo el Programa de Financiamiento a las Micro y Pequeñas Empresas (PROFIMYPE), como garantías admisibles para el cálculo de provisiones específicas establecidas en el Acuerdo No. 4-2013 sobre riesgo de crédito, a fin de respaldar los créditos conferidos por las entidades bancarias a las micro y pequeñas empresas que apliquen a dicho programa.
- **Acuerdo N°7 de 2020:** Que modifica el artículo 4 del Acuerdo No. 2-2020 a través del cual se establecen medidas adicionales excepcionales y temporales para el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el Acuerdo No. 4-2013 sobre riesgo de crédito. El referido Acuerdo establece que las entidades bancarias tendrán hasta el 31 de diciembre de 2020 para evaluar los créditos de aquellos deudores afectados por la COVID-19 y efectuar las modificaciones correspondientes.
- **Acuerdo N°9 de 2020:** Que modifica el Acuerdo No.2-2020 a través del cual se establecen medidas adicionales, excepcionales y temporales para el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el Acuerdo No.4-2013 sobre riesgo de crédito". Documento compilado. El referido Acuerdo establece el tratamiento que tendrán los créditos modificados y se define la constitución de las provisiones correspondientes, entre otros aspectos.

- **Acuerdo N°13 de 2020:** Que modifica el Acuerdo No. 2-2020 a través del cual se establecen medidas adicionales, excepcionales y temporales para el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el Acuerdo No. 4-2013 sobre riesgo de crédito y se establece un plazo adicional para medidas de alivio financiero. El referido Acuerdo modifica el Acuerdo No. 2-2020 con el fin de otorgar un plazo adicional de medidas de alivio financiero para aquellos deudores que al 1 de enero de 2021 aún continúen afectados y logren evidenciar dicha afectación con la documentación que solicite la entidad bancaria. Las disposiciones del referido Acuerdo No. 13-2020, empezarán a regir a partir del 1 de enero de 2021.
- **Acuerdo N°02 de 2021:** Por medio del cual se establecen los parámetros y lineamientos que serán aplicables a los créditos modificados. Mediante el referido Acuerdo se establecen los nuevos lineamientos y parámetros que le serán aplicable a los créditos modificados que fueron clasificados en la categoría mención especial modificado de conformidad al Acuerdo No. 2-2020 (aplicación de alivio financiero por crisis sanitaria internacional); así como a aquellos créditos modificados restablecidos conforme al Acuerdo No. 4-2013.
- **Acuerdo N°03 de 2021:** Que adiciona el artículo 7-A al Acuerdo No. 2-2021 que establece los parámetros y lineamientos que serán aplicables a los créditos modificados. El referido Acuerdo establece el contador de mora de los créditos modificados que sean objeto de reestructuración, conforme a los lineamientos establecidos en los artículos 6 y 7 del Acuerdo No. 002-2021;

es decir, para que puedan calcular la morosidad de los créditos modificados hasta la fecha de la culminación de la moratoria.

- **Acuerdo N°06 de 2021:** Por medio del cual se establecen los parámetros y lineamientos para la determinación de provisiones aplicables a los créditos de la categoría Mención Especial Modificado y se dictan otras disposiciones. Entre los parámetros se encuentra que, los bancos deberán constituir las provisiones sobre la cartera de los créditos modificados, incluyendo los intereses devengados no cobrados, clasificados en la categoría “Mención Especial Modificado”, asegurándose de cumplir con las Normas Internacionales de Información Financiera.
- **Acuerdo N°05 de 2022:** Por medio del cual se modifica el artículo 6 del Acuerdo No. 6-2021 que establece los parámetros y lineamientos para la determinación de provisiones aplicables a los créditos de la categoría Mención Especial Modificado y se dictan otras disposiciones, con la finalidad que las entidades bancarias puedan aplicar un proceso alternativo para el registro de los intereses por cobrar que establece dicho artículo. Entre esos parámetros se encuentra que, a partir de enero de 2022 las entidades bancarias suspenderán el reconocimiento de los intereses, para efectos de ingresos, en las cuentas de intereses por cobrar e intereses ganados de los créditos modificados que han tenido un incremento significativo de riesgo con respecto a su reconocimiento inicial y que además presentan una evidencia objetiva de pérdida incurrida (créditos deteriorados), y aquellos préstamos incluidos en las categorías modificado mención especial, modificado dudoso

y modificado irrecuperable, a las cuales hace referencia la Resolución General de Junta Directiva No. SBP-GJD-0003-202

- **Acuerdo N°12 de 2022:** Por medio del cual se establecen los parámetros y lineamientos para el restablecimiento definitivo de la cartera Mención Especial Modificado al Acuerdo No. 4-2013. En este punto, se estableció que, las entidades bancarias migrarán la cartera de créditos modificados clasificados en la categoría “Mención Especial Modificado” a las categorías de riesgo del Acuerdo No. 4-2013, de conformidad con los parámetros establecidos en el presente artículo, para lo cual utilizarán en principio como referencia los días de atraso que mantenga cada crédito por ejemplo los corporativos, hipoteca de viviendas y de consumo. Además, se estableció la eliminación de la cartera mención especial de las cuentas contables al cierre del 31 de diciembre de 2022.

La realidad de la aplicación de la moratoria bancaria, ha ocasionado una constante modificación a las resoluciones generales instauradas, con el principal objetivo de disminuir el impacto en el sector bancario, ante una figura de esta magnitud sin precedentes en Panamá, (pese a haber sido aplicada en años anteriores por otros países cuando se han encontrado ante situaciones extraordinarias e imprevisibles sobrevenidas como es el caso de una pandemia, guerra mundial, entre otros) y evitar mayor detrimento económico a la población panameña.

Aunado a ello, no debemos olvidar que, las entidades financieras también son sujetos pasivos dentro de una relación contractual, como es el caso de pago a proveedores, impuestos, canon de arrendamiento, salarios a sus colaboradores y

demás entidades nacionales e internacionales que le surten los insumos para realizar sus operaciones cotidianas. Por ello, esta moratoria le permite cumplir con sus obligaciones ante el regulador y como deudor de sus acreedores.

5.5 EFECTOS DE LA MORATORIA BANCARIA

Si bien, la aplicación de la ley de moratoria bancaria es reciente, de acuerdo con la información recabada para esta investigación, y los puntos desarrollados en párrafos anteriores, podemos determinar ciertos efectos tanto positivos como negativos dentro del sistema financiero panameño, atendiendo al comportamiento interbancario y de cara al cliente. Algunos de estos efectos son:

- La cartera de crédito de los bancos disminuyó y como consecuencia la productividad de las entidades bancarias, ya que mientras menos recursos se captan del público, menos capacidad tendrán de prestar; por lo que, la reactivación de la economía del país se volvió más lenta.
- Culminada la moratoria bancaria, los clientes retomarán con los pagos correspondientes al capital y los intereses causados, conforme a las condiciones del contrato. No se le exime de cumplir con su obligación contraída.
- El costo de la moratoria ha sido elevado para las entidades crediticias, ya que deben tener un nivel alto de liquidez y solvencia, para cumplir con los depósitos captados por el público. En este sentido se habla de destinar los recursos a reservas, para anticipar posibles deterioros a la cartera de cliente.

- Las entidades de crédito, en base a acuerdos privados y voluntarios, deberán realizar las modificaciones a las condiciones del contrato, atendiendo a la situación económica de los clientes una vez finalizada la moratoria, a fin de que puedan honrar los compromisos crediticios adquiridos, previo al hecho extraordinario e imprevisible sobrevenido, que afectó la capacidad financiera de los clientes.
- A raíz de la pandemia, se flexibilizó el pago de los impuestos para los contribuyentes en Panamá, extendiendo los plazos para los pagos extraordinarios y pagos diferidos adeudados por estos; por ejemplo, la Ley N°208 de 2021, Ley N°337 del 14 de noviembre de 2022 y recientemente la Ley N°401 del 5 de octubre de 2023.
- Las inversiones directas extranjeras en Panamá se desaceleraron significativamente en comparación con otros años productivos (hecho ocurrido a nivel mundial).
- El sistema financiero panameño ha tenido unos créditos irrecuperables; es decir, hay créditos que no podrán ser cobrados por la entidad crediticia.
- En materia legal, una vez concluida la moratoria, ocasionará que las entidades financieras vendan sus carteras con créditos vencidos o clientes castigados a las Entidades Ejecutoras, para que puedan realizar la gestión de cobro de crédito a esos clientes.
- El sistema se mantuvo: ahorros y créditos.

5.6 APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA IMPREVISIÓN EN LA LEY DE MORATORIA BANCARIA PANAMEÑA

En este punto, después de haber realizado un estudio amplio de la doctrina de la imprevisión y el Sistema Bancario, solamente nos queda determinar si la ley de moratoria bancaria panameña cumple con el fundamento de una doctrina de la imprevisión, en base a lo que establece el Código Civil en sus artículos 1161-A y B y el conocimiento que hemos adquirido sobre esta figura.

En base a lo planteado, podemos señalar que, la ley de moratoria bancaria solamente vino a suspender las condiciones o términos de los contratos, sin terminar o modificar equitativamente las condiciones del contrato. Es decir, el objeto del contrato o la prestación debida se mantiene incólume para el deudor, que debe pagar la obligación contraída conforme a las condiciones previamente planteadas en la relación contractual.

En ese sentido, pese a que, muchos panameños han pensado que la ley de moratoria bancaria representa un alivio económico, no se nos debe olvidar que, su aplicación es una medida momentánea que estableció el gobierno panameño para hacerle frente a las contingencias de una pandemia y que en ningún momento se habló de la extinción de la obligación; situación contraria ocurre con la doctrina de la imprevisión, que es un medio de modificación o terminación del contrato cuando ha sobrevenido hechos o acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que vuelven excesivamente onerosa una obligación; esto cuando no medie responsabilidad del deudor o que no sea producto del desarrollo normal o habitual de ese tipo de contrato.

Lo cierto es que, la moratoria bancaria, cumple un papel fundamental en la reactivación económica, permitiendo a la sociedad panameña la suspensión de los efectos mora en las prestaciones debidas (nadie tendrá retraso en el pago de sus deudas), y con ello, los excesivos intereses que genera esta figura; esto ayudará a que culminado el estado de emergencia, las personas puedan recuperar sus ingresos y realizar los pagos correspondientes a sus obligaciones, lo cual, restablecería la posición económica de las partes contratante manteniendo una equidad contractual.

Desde la perspectiva bancaria, podemos decir que, siempre existirá un nivel de riesgo de crédito, ya que no siempre las personas cumplen con los plazos y condiciones pactadas en el contrato; por lo que, están en constante cambio para adaptarse a las nuevas realidades sociales, a fin de crecer de manera sostenible en el tiempo y que sus clientes puedan cumplir con sus obligaciones.

No debemos olvidar que, los bancos también son deudores de otras entidades o personas naturales, y tienen obligaciones que cumplir; siendo así, no es factible para ellos aplicar una doctrina de la imprevisión tan pura como se conoció en algunos momentos en específico de la historia como es el caso de guerras y conflictos internacionales; ya que, correrían el riesgo de una pérdida crediticia descomunal, que ocasionaría que muchas entidades financieras trasladarán o cierren sus puertas al público, provocando una crisis en el sistema financiero mundial, que nos afectaría a todos.

No cabe duda que, si bien, la doctrina de la imprevisión se fundamenta en un principio de equidad jurídica, no menos cierto es que, en nuestra legislación aun

prima el principio de la libertad de las partes y el “pacta sunt servanda”, que consagra la obligación de cumplir con lo que está pactado dentro del contrato; esto hace prácticamente imposible la aplicación de una doctrina de la imprevisión en su sentido más puro, ya que el mismo sistema apunta a un cumplimiento riguroso de las obligaciones contraídas, en donde cada parte debe hacerle frente a su obligación; impidiendo tener un panorama general de las circunstancias y hechos sobrevenidos a cada caso en concreto, y que generan un desequilibrio en la relación contractual.

En relación con la aplicación de una moratoria bancaria, considero que, se cumplió de manera parcial con una doctrina de la imprevisión, debido a que, les otorgó a las partes contratantes, la facultad de realizar acuerdos bilaterales que modificarían equitativamente las condiciones del contrato, atendiendo a ese hecho imprevisible y extraordinario sobrevenido, que vuelve excesivamente onerosa la obligación previamente contraída. La ley de moratoria bancaria brindó un alivio financiero para la población en general, permitiendo valorar la situación económica de los sujetos pasivos en la relación y aplicar el principio de equidad contractual, el cual, debe primar en todas las relaciones contractuales.

Para los efectos de esta investigación, deberemos contestar si la doctrina de la imprevisión debe cumplirse de manera total como un medio de terminación de la relación contractual o parcial como un medio de modificación de las condiciones del contrato, atendiendo a su excesiva onerosidad. En ese sentido, después de haber estudiado ambas figuras, considero que, la ley de moratoria bancaria en realidad es un mecanismo de modificación o adecuación de la relación contractual, que atiende

a lo consagrado en nuestro artículo 1161 -A del Código Civil "... la parte contra la cual se hubiere demandado la terminación, podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato". Es decir, reafirma ese principio de autonomía de las partes, y le otorga una facultad al acreedor para evitar que pierda de manera total las prestaciones debidas, mediante modificaciones a las condiciones originales del contrato.

En síntesis, no se puede valorar la moratoria bancaria como un mecanismo de extinción de la obligación, debido a que, su propósito o finalidad era responder de manera inmediata a la crisis financiera acaecida y al riesgo de pérdida de crédito, ocasionado por una declaratoria de emergencia mundial como lo es la pandemia. Si bien, es un hecho que encaja perfectamente con una doctrina de la imprevisión, ya que es un hecho extraordinario e imprevisible, que vuelve excesivamente onerosa la prestación debida y le permite al deudor pedir la terminación del contrato, no menos cierto es que, al ser un contrato lo que prima es la voluntad de las partes, por lo que, puede variar o ser modificado en cualquier etapa de la relación contractual, atendiendo a las condiciones actuales de cada parte contratante.

CONCLUSIÓN

Una vez concluida la investigación, debemos mencionar el gran valor que tiene la moratoria bancaria como un mecanismo de “alivio económico” a las personas que se han visto afectadas por hechos o circunstancias ajenas a su voluntad, que dificultan el íntegro y estricto cumplimiento de una obligación; cumpliendo así con su carácter social y de orden público.

La doctrina de la imprevisión entra a valorar esos hechos o circunstancias imprevisibles que dificultan el cumplimiento de una obligación, y en consecuencia pedir la resolución o modificación de un contrato, tomando en cuenta el estado económico de las partes contratantes. Es una excepción a la regla de que, todos los contratos deben cumplirse, y se orienta a una equidad jurídica que debe primar en toda relación contractual.

El sistema bancario en general, representa la fuerza económica de un país, por lo que, tiene sus propios mecanismos y formas de protección, como cualquier empresario que busca mejorar y conseguir mayores recursos para su negocio. La banca panameña no escapa de esa realidad, ya que sus términos y condiciones van encaminados a proteger su sistema y sus recursos, lo cual, desde una perspectiva financiera no está mal; pero desde la razón del cliente o usuario, podría ocasionar disconformidad con sus planes de refinanciamiento una vez terminado el estado de emergencia sanitaria.

En cuanto a la aplicación de la doctrina de la imprevisión, debemos indicar que, la ley de moratoria bancaria panameña no ha cumplido exactamente con las

estipulaciones o requisitos de esta figura, en cuanto a la modificación o resolución de los contratos, que se han vuelto excesivamente onerosos para el cliente. No obstante, la toma en consideración al crear una ley de tal magnitud e impacto económico y jurídico, que permite la aplicación de la equidad contractual, que debe existir en todos los contratos.

Sin duda, el reto para afrontar es grande, los efectos que ha dejado la pandemia como consecuencia del COVID-19 son muchos y más en el ámbito financiero, por lo que, requiere de políticas económicas fuertes, que realmente velen por esa protección al más vulnerado con la crisis sanitaria y mantenga el sistema bancario estable, ya que es el centro de la actividad financiera de un país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abeliuk, R. (1993). *Las Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Acosta Romero, M. (2003). *Nuevo derecho bancario : panorama del sistema financiero mexicano*. Mexico: Editorial Porrúa y México.
- Albaladejo, Manuel. Derecho Civil 3era Edición, Barcelona, Librería Bosch, Vol. I, Tomo III, 1977.
- Alessandri Rodríguez, Arturo. Derecho Civil. Tomo Segundo. Editorial Zamorano y Caparán, Santiago.
- Arroyo Camacho, D. (2017). *Contratos Civiles: Tomo I*. Panamá: Portobelo.
- Arroyo, Dulio. Estudios Jurídicos. Tomo II. Litografía e Imprenta LIL, S.A. San José, Costa Rica, 1977.
- Badenes Gasset, Ramón. El riesgo imprevisible. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1946.
- Barbosa Verano, Jeanet y Ariel Ignacio Neyva Morales. La teoría de la imprevisión en el Derecho Civil Colombiano. 1a Edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas Radar, 1992.
- BULLARD G., Alfredo (2019). *Análisis económico del derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- CABANELAS DE TORRES, Guillermo (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta.
- Clemente Meoro, Mario E. La facultad de resolver los contratos por incumplimiento. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- De Las Casas Salazar, V. (2020). LA TEORIA DE LA IMPREVISION EN EL CÓDIGO CIVIL PANAMEÑO. *Sapientia*, 6-16.
- Diez-Picazo, L. (2011). *Ensayo Jurídico*. Madrid: Civitas.
- ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 3era Edición, traducción Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona. Bosch Casa Editorial, Tomo III, 1974.
- Espinosa, Jacinto Javier (2019). *Los Derechos Reales en el Ordenamiento Jurídico Panameño* (Vol. III). Panamá: Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.

- Garrigues, J. (1975). *CONTRATO BANCARIO*. Madrid: Madrid JG.
- Gavalda, C., & STOUFFLET, J. (2015). *DROIT DE LA BANQUE* (Vol. 9°). LEXISNEXIS.
- Giraldi, P. M. (1979). *Cuenta Corriente Bancaria y Cheque*. Buenos Aires: Astrea
- Greco, O. (2009). *Diccionario Bursátil y Bancario*. Buenos aires: Valletta Ediciones.
- Guzman Holguin, R. (2012). *DERECHO BANCARIO Y OPERACIONES DE CREDITO*. Mexico: LIBRERIA PORRUA S.A. DE C.V.
- Herrera Espinoza, J., & Guzmán García, J. (2014). *Contratos Civiles y Mercantiles*. Managua.
- Josserand, Louis. *Curso de Derecho Civil Positivo Francés*. París, Imprenta Barneoud, 1959.
- López Santa María, J., & Elorriaga De Bonis, F. (2017). *Los Contratos: Parte General* (Sexta ed.). Chile: Thomson Reuters.
- Mazzini Blossiers, J. J. (2013). *Manual de Derecho Bancario*. Lima: Ediciones Legales E.I.R.L.
- Ossorio, M. (2008). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- Restrepo, J. M. (2014). *Historia Y Fundamentos De La Cláusula Rebus Sic Stantibus (Teoría De La Imprevisión). Una Mirada A La Doctrina Española*. *Ars Boni Et Aequi*, 31-48.
- Reyes Ramírez, L. F. (25 de junio de 2020). *Asuntos Legales*. Obtenido de <https://www.asuntoslegales.com.co/>
- Rives Lange, J. L., & Contamine Raynaud, M. (1995). *DROIT BANCAIRE*. Francia: Editions Dalloz.
- Rodríguez Azuero, Sergio. (2009). *Contratos Bancarios: Su significación en América Latina* (Sexta ed.). Colombia: Legis Editores S.A.
- Ruiz Torres, H. E. (2003). *DERECHO BANCARIO*. Mexico: Oxford University Press.
- Sequeira Martín, A. (., Alcalá Díaz, M. A., Arias Varona, F. J., Colino Mediavilla, J. L., Cámara García, F., Díaz Ruiz, E., . . . Gonzalez Vasquez, J. C. (2007). *La Contratación Bancaria*. Madrid: DYKINSON S.L.
- Spinelli, M., & Gentile, G. (1984). *DIRITTO BANCARIO*. Padova: EDITORI VARI.

Valencia Moreno, A., & Virgilio, T. L. (2011). Manual de Obligaciones (Vol. I). Panamá: Novo Art, S.A.

Decretos y Leyes

Código Civil de Panamá

Código de Comercio de Panamá

Decreto Ley 9 de 26 de febrero de 1998, modificado por el Decreto Ley 2 de 2008.
Texto ordenado mediante Decreto Ejecutivo 52 de 2008 denominado Ley Bancaria.

Ley 156 del 30 de junio de 2021, de Moratoria Bancaria de Panamá