

LECCIONES

DERECHO BANCARIO*

JESÚS ALFARO AGUILA-REAL**

SUMARIO. I. LOS BANCOS Y SU ESTATUTO JURÍDICO. 1. Función de los intermediarios financieros. 2. El concepto y características de los bancos como intermediarios financieros. 3. Las ventajas competitivas de los bancos: la hipótesis de la cuenta corriente. 4. La justificación de la regulación jurídico-pública de los bancos. 5. El Fondo de Garantía de Depósitos. 6. Las normas de supervisión y vigilancia de las entidades bancarias. II. PROBLEMAS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA. 1. El deber de secreto bancario. 2. Clasificación de las operaciones bancarias. III. EL CONTRATO DE SERVICIO DE CAJA O CUENTA CORRIENTE BANCARIA. 1. El tráfico de pagos. Introducción. 2. Pacto de cuenta corriente y contratos en cuenta corriente. 3. El servicio de caja: caracteres del contrato. 4. Pluralidad de titulares. 5. Compensación entre cuentas corrientes. 6. El valor probatorio de los saldos. 7. Los descubiertos en cuenta corriente. IV. LA TRANSFERENCIA Y LA DOMICILIACIÓN DE ADEUDOS. 1. Concepto y caracteres. 2. El abono en cuenta. 3. Domiciliación de adeudos o autorización de débito. V. EL CRÉDITO DOCUMENTARIO. 1. Concepto y función. 2. Relaciones entre ordenante y banco. 3. Relaciones entre el beneficiario y el banco. 4. Efectos de la cláusula *pago contra documentos* sobre la compraventa. VI. LAS TARJETAS DE CRÉDITO. 1. Introducción: naturaleza de las tarjetas. 2. Relaciones contractuales en el empleo de tarjetas de crédito. 3. Derechos del banco contra el titular de la tarjeta y uso fraudulento por terceros. VII. LAS GARANTÍAS BANCARIAS. 1. Análisis económico del Derecho de las garantías. 2. Accesoriedad y autonomía en las garantías bancarias. 3. Subsidiariedad. Las garantías "a primera demanda". 4. Las cartas de patrocinio. VIII. EL PRÉSTAMO. 1. Concepto y caracteres. 2. Los intereses. IX. APERTURA DE CRÉDITO. 1. Concepto, función económica y naturaleza jurídica. 2. Terminación del contrato. X. LA FINANCIACIÓN DE PROYECTOS. XI. EL FACTORING Y EL DESCUENTO. 1. Concepto y función económica. 2. Articulación jurídica. 3. El descuento. XII. EL *LEASING* O ARRENDAMIENTO FINANCIERO. 1. Concepto y articulación. 2. Naturaleza jurídica. 3. Relaciones entre la sociedad

* Las páginas que siguen constituyen una lección del futuro *Manual breve de Derecho Mercantil* que el autor está preparando en colaboración con el profesor Paz-Ares.

** Catedrático de Derecho Mercantil (Universidad de la Rioja). jalfaroa@nexo.es

de leasing y el usuario. 4. Obligaciones del usuario. 5. Embargo, suspensión de pagos y quiebra. XIII. EL CRÉDITO AL CONSUMO.

I. LOS BANCOS Y SU ESTATUTO JURÍDICO

1. Función de los intermediarios financieros

Un intermediario financiero es una persona que media entre la oferta y la demanda de capital. Es decir, pone en contacto a quienes tienen excedentes financieros (por ejemplo, al asalariado que ahorra una cantidad determinada de dinero) con quienes reclaman dinero para llevar a cabo proyectos de inversión (por ejemplo, una empresa que desea ampliar la fábrica donde produce o un médico que decide abrir una consulta). Lo que hacen, pues, los intermediarios financieros es transformar pasivos financieros (el dinero depositado por los que tienen excedentes) en activos financieros (el dinero proporcionado al que tiene un proyecto para cuya realización necesita capital). Si no existieran costes de transacción, los intermediarios financieros serían innecesarios. Los ahorradores y los inversores se pondrían en contacto directamente, y suprimirían la intervención del intermediario. De hecho, tal ocurre cuando la empresa de nuestro ejemplo, en lugar de acudir a su banco para que le proporcione el capital que necesita para su proyecto, se dirige directamente a los ahorradores por medio de los mercados de capitales, por ejemplo, emitiendo deuda (obligaciones) en la Bolsa de Madrid. En tales casos, la financiación se documenta en títulos-valor o anotaciones contables.

En este sentido, los *mercados financieros* constituyen una alternativa directa a los bancos, es decir, compiten con los bancos en *el mercado de la financiación de las empresas*. Del mismo modo, en el *mercado por captar depósitos*, los bancos compiten con las *instituciones de inversión colectiva*, es decir, con empresas que recaban fondos del público para invertirlos en activos diversificados más o menos líquidos (sociedades de inversión mobiliaria, fondos de inversión mobiliaria, fondos de inversión en activos monetarios, fondos de pensiones etc).

2. El concepto y características de los bancos como intermediarios financieros

Como podrá suponerse, existen muchos tipos de intermediarios financieros. El primer gran grupo cuyo concepto debe conocerse es el de las *entidades*

de crédito. Una entidad de crédito tiene por actividad típica y habitual “*recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza*” (art. 1.1 RD Ley 1298/86). Los bancos constituyen el tipo más importante de entidad de crédito y su característica más definitoria es que son *entidades de depósito*, es decir, que están autorizados para recibir depósitos *a la vista*, para recibir dinero del público que éste puede recuperar a su libre voluntad cuando lo desee.

Los depósitos en entidades de depósito están garantizados frente al riesgo de quiebra de la entidad depositaria en una cuantía determinada por el Fondo de Garantía de Depósitos que actúa, pues, a modo de seguro, lo que otorga a los depósitos bancarios el carácter “monetario” con lo que se quiere señalar que son prácticamente idénticos a dinero legal por cuanto constituyen un medio de pago universalmente aceptado. Es decir, son casi tan líquidos como el propio dinero de curso legal. Los bancos son, pues, empresas que realizan conjuntamente dos tipos de actividad: *la de recibir depósitos y la de realizar préstamos* en su sentido más amplio.

3. Las ventajas competitivas de los bancos: la hipótesis de la cuenta corriente

Si una misma empresa —los bancos— realizan simultáneamente la actividad de depósito y actividad de crédito, debe ser porque existe algún tipo de *ventaja en acumularlas*. En otro caso, podrían y deberían llevarse a cabo por empresas diferentes especializadas. Unas empresas especializadas en la gestión de fondos ajenos —entidades de depósito— y otras especializadas en prestar dinero —entidades de crédito—. Algunos economistas han encontrado la respuesta a esta pregunta afirmando que la realización conjunta de ambas funciones presenta una ventaja competitiva que podemos llamar ventaja de “*la cuenta corriente*”. Las empresas pequeñas y medianas tienen normalmente sus cuentas de depósito en los mismos bancos en los que tienen las líneas de crédito. Si el empresario solicita un crédito, el banco puede obtener mucha y muy valiosa información sobre ese empresario y las posibilidades de que devuelva el crédito a su vencimiento examinando las cuentas que el empresario mantiene abiertas en el banco: puede saber su volumen de negocio, cuáles son sus clientes, el nivel de morosidad en el pago a proveedores, los salarios que paga a sus empleados, el volumen de impuestos, los dividendos pagados

por la empresa a sus accionistas etc. Esta información permite a las entidades de crédito que son, a la vez, entidades de depósito tomar decisiones sobre a quién prestar mucho más informadas que las de sus competidores que no simultanean ambas funciones. Si el empresario se dirigiese a otro intermediario (distinto de su banco) para obtener la financiación, éste tendría que invertir tiempo y dinero en procurarse toda esa información necesaria para evaluar el nivel de riesgo del cliente. En este sentido *los bancos son especialistas en procesar información sobre la solvencia de los deudores*. Esta ventaja informativa se prolonga durante la vida del contrato hasta la devolución del préstamo, es decir, durante la vida del préstamo, y a través de las cuentas mantenidas en el banco por el cliente, el banco puede saber cómo está evolucionando el negocio y el nivel de solvencia del cliente. *Según esta hipótesis, pues, los bancos son los que están en mejores condiciones de adoptar decisiones mejor informadas sobre a quién conceder crédito (selección de los prestatarios y del nivel del riesgo asumido y el interés que corresponde exigir) y sobre cómo controlar la conducta de los prestatarios (y, por tanto asegurar la devolución del crédito)*. Las ventajas informativas de los bancos derivan del acceso privilegiado que a la información sobre la actividad financiera de sus clientes le proporciona su carácter de entidades de depósito. En otras palabras, los bancos sufren unos costes de transacción —información o medición y de garantía del cumplimiento— inferiores *ceteris paribus* a los de sus competidores que no ostenten la condición de entidades de depósito.

4. La justificación de la regulación jurídico-pública de los bancos

Pero la acumulación de la actividad de depósito y préstamo no sólo aporta ventajas. Tiene también inconvenientes.

a) El primero es que, la actividad crediticia de los bancos, unida a la de depósito influye notablemente sobre la oferta monetaria. Esto es lo que se indica cuando se señala que los bancos “crean” dinero o provocan una “*doble disponibilidad*” del dinero. La explicación es muy simple: si el banco presta a un empresario el dinero depositado por un ahorrador, una misma suma de dinero está siendo dispuesta simultáneamente por dos personas: el empresario, al que el banco entrega los fondos, y el ahorrador que, si el depósito es a la vista, puede recuperar su dinero a su voluntad. Por esta razón, si los bancos prestan mucho, la cantidad de dinero en manos del público (y la inflación) puede ser excesivamente elevada. De ahí que los poderes públicos limiten la oferta monetaria existente en un país (la cantidad de dinero en manos del

público) obligando a los bancos a mantener y no prestar una parte de los depósitos que reciben del público y que han de invertir en determinados activos o depositar en el Banco de España (*coeficiente de caja*) o elevando el tipo de interés al que el Banco de España presta dinero a los bancos para que éstos, a su vez, lo presten a sus clientes.

b) El segundo es que los depósitos *a la vista* provocan una extraña relación entre el *pasivo* y *los activos* de los bancos. A diferencia de lo que sucede con una empresa siderúrgica o incluso con las entidades de crédito que no son simultáneamente de depósito, los bancos tienen un pasivo que es inmediatamente exigible, “a la vista” (los clientes pueden retirar sus depósitos cuando quieran) mientras que su activo está formado por créditos ilíquidos (los créditos que los bancos tienen contra sus clientes son créditos a medio y largo plazo que los bancos sólo pueden reclamar cuando se produzca el vencimiento). Es decir, los bancos financian unos activos generalmente ilíquidos con un pasivo constituido por deudas líquidas e inmediatamente exigibles. A esto debe unirse que, también a diferencia de otras empresas, los bancos son empresas altamente endeudadas (la relación entre recursos propios —los proporcionados por los accionistas al banco— y ajenos —los proporcionados por depositantes y cualesquiera otros que obliguen a su “restitución”, es baja) lo que, a su vez, provoca que el riesgo de quiebra de las entidades de depósito sea mayor que el de otras empresas.

Este mayor *riesgo de quiebra* hace que los bancos estén especialmente interesados en evitar “fallidos”, es decir, sean especialmente sensibles a los problemas de estabilidad en la liquidez de sus deudores y, consecuentemente, que se preocupen de controlar la conducta de éstos evitando que adopten estrategias que pongan en peligro su liquidez, y con ello, la devolución del crédito al banco. Pues bien, este mayor riesgo de quiebra y las consecuencias que la quiebra de un banco tiene sobre el resto de la economía de un país es también la causa de que las empresas bancarias sean las empresas privadas que, actuando en competencia, soportan un nivel más intenso de intervención administrativa tanto normativa como de vigilancia y supervisión.

c) Según hemos visto, las entidades de depósito operan con *reservas fraccionadas*, es decir, mantienen en efectivo en caja sólo un porcentaje de los fondos que reciben en depósito en la seguridad de que —del mismo modo que las compañías de seguro— agrupando un gran número de depósitos pueden calcular y gobernar el riesgo de que los depositantes reclamen su crédito. Como consecuencia, ningún banco podrá atender sus obligaciones si todos o una parte importante de los depositantes exigen simultáneamente el pago de canti-

dades entregadas en concepto de depósito. Cuando se produce un “*pánico bancario*”, es decir, cuando los clientes reclaman en masa la devolución de sus depósitos, se produce un caso de dilema del prisionero. Ante una eventual retirada masiva de fondos, que exceda el valor de las reservas en efectivo, los depositantes intentarán satisfacer individualmente su crédito (ir al banco a retirar *todos* sus fondos). Al actuar así, el resultado es peor para todos, porque, para atender los pagos, el banco se verá obligado a vender a toda prisa sus activos con lo que se producirán pérdidas que agravarán todavía más la situación del banco. Dado que los bancos son, según hemos visto, empresas muy endeudadas, este riesgo es más probable respecto de un banco que respecto de una empresa manufacturera. Decimos que los depositantes se enfrentan al dilema del prisionero porque, si todos los depositantes actuaran coordinadamente, preferirían no acudir en masa a retirar sus depósitos para evitar la quiebra del banco que acabaría perjudicándolos a todos. Pero, individualmente, cada uno estará interesado a retirar sus fondos lo más rápidamente posible en la esperanza de que, cuando llegue, todavía haya fondos que retirar evitando así quedarse sin nada.

d) Pero lo peor —y lo que justifica, al menos en principio— la intensa vigilancia y supervisión administrativa es que el pánico puede extender el efecto a otros bancos. Es el llamado riesgo de *contagio*, bien porque el banco con problemas deba mucho dinero a otros bancos (bien porque lo ha tomado a préstamo en el mercado interbancario, bien como consecuencia del tráfico de pagos que se produce entre bancos en cumplimiento de las órdenes de sus clientes) bien porque los depositantes atribuyan las mismas dificultades a otros bancos. Además, por último, del riesgo de una contracción en el crédito que paralice la economía en general. En otros términos, se trata de garantizar que unos servicios tan fundamentales para el correcto funcionamiento de una economía como son los servicios de liquidez y el tráfico de pagos no se vean alterados sustancialmente por sus efectos de “cortocircuito” sobre los procesos productivos y por la liquidación anticipada de inversiones a la que obligan.

Podría pensarse que, al igual que uno no da crédito a cualquiera, los depositantes tienen incentivos para seleccionar, entre los bancos, aquel que ofrezca un mayor nivel de solvencia. Pero la realidad es que la desproporción entre el coste de asegurarse de la solvencia del banco (buscando y procesando información sobre el banco) y el beneficio que obtendría un pequeño depositante (en forma de un poco más de seguridad para sus ahorros) es de tal calibre que el nivel de supervisión y control de la solvencia de los bancos por parte de sus propios depositantes es muy insuficiente. Algunos estudios recientes sugieren que la iniciativa privada podría resolver estos problemas sin necesidad de

intervención estatal¹. Se pone como ejemplo histórico el caso del “crash” bancario de Chicago en 1932 que provocó el pánico entre los clientes de los bancos y llevó a que retiraran sus depósitos de bancos pretendidamente insolventes y a depositarlos en la Caja Postal cuyos depósitos estaban garantizados por el Estado. Otros bancos de Chicago y N. York acudieron en auxilio del *Central Republic* un banco solvente que asistió a la retirada masiva de depósitos por parte de los clientes. Los bancos ayudaron en su propio interés ya que temían el contagio del pánico a sus propios depositantes. Se preparó un crédito sindicado garantizado. Este apoyo permitió al *Central Republic* salir del atolladero. La discusión se centra en si los pánicos bancarios provocan la quiebra no sólo de bancos insolventes sino también de bancos solventes, porque sólo en tal caso se producirían costes sociales como consecuencia del pánico. Pues bien, según estos estudios, sólo los bancos insolventes quebraron durante dicho pánico. Aunque hubo retirada masiva de depósitos, también de bancos solventes, ésta no produjo la quiebra de éstos. La consecuencia de este tipo de análisis es que no sería necesario un sistema de garantía de depósitos. Bastaría con cooperación entre bancos más provisión de liquidez por la autoridad monetaria.

5. El Fondo de Garantía de Depósitos

Para evitar los desastres descritos en el apartado anterior, los Estados regulan intensamente la actividad bancaria. El contenido de esta regulación es muy variado. A continuación se examina brevemente esta regulación comenzando por los *fondos de garantía de depósitos* que aseguran a los clientes una parte o la totalidad de los depósitos con independencia de la solvencia del banco, y las normas de vigilancia y control de la creación y actuación de los bancos, las obligaciones de información, capitalización y diversificación de riesgos para terminar con los procedimientos paraconcursoales diseñados para evitar la quiebra de los bancos saneándolos, en caso de dificultades, en la mayor parte de los casos, bien mediante su absorción por un banco competidor saneado —con ayudas públicas— bien mediante planes de saneamiento apoyados por la autoridad monetaria previa sustitución de los administradores. Por último, atribuyen al Banco de España la tarea de proporcionar liquidez a los bancos en caso de dificultades.

¹. Ch. W. CALOMIRIS/ J.R. MASON “Contagion and Bank Failures During the Great Depression. The June 1932 Chicago Banking Panic”, *American Economic Rev.* 87(1997) p 863 ss.

La existencia de un *Fondo de garantía de depósitos* elimina los incentivos de los depositantes para retirar apresuradamente sus fondos de un banco respecto del cual aparecen informaciones que indican problemas de solvencia. Se evita así tanto el riesgo de pánico bancario como el riesgo de contagio. Pero, como puede imaginarse, la existencia de una garantía estatal de los depósitos bancarios (y la convicción de los ciudadanos de que el Estado no dejará quebrar un banco) no es una solución gratuita. No sólo elimina los incentivos para correr a retirar los depósitos, elimina igualmente los incentivos de clientes para vigilar la conducta del banquero y para seleccionar a su banco en función, también, de la solvencia de la entidad. Esta alteración de los incentivos carece de efectos negativos en situaciones normales, porque los incentivos de los administradores bancarios para comportarse prudentemente son muy intensos. El administrador de un banco imprudentemente gestionado pierde su empleo, su capital humano y la posibilidad de encontrar un nuevo trabajo. En situaciones de dificultad, sin embargo, los administradores bancarios pueden verse tentados a efectuar una “huida hacia adelante” invirtiendo el dinero de los depositantes en negocios arriesgados que si salen bien son muy lucrativos pero que si salen mal acaban con el banco, sencillamente, porque será el Fondo —y no el banco— el que tendrá que restituir sus depósitos a los clientes.

La clave está en que los clientes no tienen incentivos para controlar lo que los administradores del banco hacen con su dinero, simplemente, porque saben que gracias al seguro que el fondo de garantía representa, su dinero está a buen recaudo. Por el contrario, los gestores del banco, si la competencia es muy intensa, se verán obligados a asumir cada vez más riesgo, sabiendo igualmente que el dinero de sus depositantes, será reembolsado por el Estado. *The Economist* recoge el siguiente ejemplo de Arthur Rolnick: “Supongamos que un hombre que tiene 200.000 dólares en efectivo usa, 100.000 para abrir un banco, banco que pasa a formar parte del Fondo de Garantía de Depósitos. Supongamos también que ofreciendo a los depositantes un tipo de interés algo más elevado que sus competidores, consigue 900.000 dólares en depósito. El banco tiene ahora 1.000.000 de dólares de reserva (100.000 de capital y 900.000 en depósitos). Para “poner a trabajar” el dinero del banco, el administrador decide irse a las Las Vegas, entrar en un casino y apostar en la ruleta todo el dinero del banco (el millón) al negro. Al mismo tiempo, apuesta los 100.000 dólares que le quedan (recuérdese que tenía 200.000 y sólo invirtió en el banco 100.000) al rojo. Desde el punto de vista del banco, la inversión (todo al negro) es extremadamente arriesgada, pero para su accionista (el hombre que apuesta) es perfectamente segura. En efecto, si sale rojo, el banco quiebra y sus acciones valdrán cero. Pero el hombre-accionista habría doblado su dinero particular y ahora tendría de nuevo los 200.000 dólares con los que

abrió el banco. Si sale negro, él habrá perdido 100.000 dólares —los de su apuesta privada— pero el valor de las acciones del banco habrá aumentado en más de lo necesario para compensar dicha pérdida. En cuanto a los pequeños depositantes del banco, no tienen por qué preocuparse porque su dinero está protegido por el Fondo de Garantía” (*The Economist*, Survey Internat. Banking, 1996, 27 abril- 4 de mayo p 6 ss).

En la medida en que el riesgo de insolvencia no recae sobre los que toman la decisión acerca de la inversión (porque los depositantes cobran en todo caso del Fondo), los que toman la decisión no tienen incentivos para adoptar la que sería racional sobre si dar un crédito o no (la que adoptaría un inversor que tuviera en cuenta el nivel de riesgo). Estos incentivos perversos generados por la existencia de un Fondo de Garantía se reducirían notablemente si la cuota que cada Banco paga al Fondo como “prima” por el seguro que éste le proporciona se calculase en función del nivel de riesgo que el Banco presenta. En tal caso, la existencia del Fondo no generaría incentivos perversos: aquellos bancos peor gestionados o más endeudados tendrían un coste superior a sus competidores —en forma de una prima mayor al Fondo— y, al traspasar tal mayor coste a sus clientes, tendrían que cobrar más por sus créditos y pagar menos por los depósitos lo que provocaría, marginalmente, su desaparición en el largo plazo. Además de que, la publicación del dato correspondiente a la prima que paga cada banco ofrecería a los depositantes una información de calidad sobre el nivel de solvencia de su banco. Es probable que un Fondo de este tipo (con primas pagadas por los bancos en función de su nivel de riesgo) no sea hacedero. El hecho es que —como seguro— el Fondo de Garantía es muy ineficiente en cuanto las cuotas no se determinan en función del nivel de riesgo sino en función del valor de los depósitos garantizados por el fondo y parece muy difícil que pueda desarrollarse un mercado de seguros privados que pudieran sustituir al Fondo (que grandes empresas de seguro sustituyesen al Fondo como garantía de los depósitos). Aunque tales sistemas privados han existido antes de que se crearan los Fondos garantizados por el Estado, normalmente, los riesgos de insolvencia de un banco son “catastróficos” en el sentido de que afectan simultáneamente a una parte sustancial de los asegurados (p. ej. a los bancos que se dedican al crédito hipotecario, a los de una determinada zona geográfica etc) y, por tanto, difícilmente asegurables. El resultado final es que la existencia de un Fondo de Garantía hace que los que sufran los costes de la quiebra no sean ni los administradores, ni los accionistas ni los depositantes, sino todos los clientes que financian el Fondo de Garantía de Depósitos porque, aunque históricamente estos fondos se financiaban por el Estado, en la actualidad, lo financian las instituciones bancarias exclusivamente.

El *régimen jurídico del fondo de garantía de depósito* viene determinado por normas europeas que imponen en toda Europa la obligatoriedad de estar adheridas a un sistema de garantía de depósitos para toda entidad de crédito establecida en la UE y, para las sucursales, que estén cubiertas por tal sistema en el país de origen.

La adhesión de la entidad a un Fondo permite liberalizar el mercado bancario bajo la *“regla del país de origen”*. Según esta regla, un banco que haya conseguido una autorización para operar *en cualquier país de la Unión Europea* puede operar con dicha autorización en cualquier otro país de la Unión sin necesidad de obtener una nueva autorización. Es decir, con la primera autorización, obtiene un *“pasaporte europeo”*. En la medida en que la participación en un Fondo supone un coste para el banco en forma de cuota, los bancos tendrían incentivos para solicitar la autorización allí donde la participación en un Fondo fuera más barata. Al mismo tiempo, los Estados, para conseguir que los bancos se constituyan en su territorio (y paguen allí sus impuestos) aunque su base de clientela esté en otros países de la Unión, tendrían incentivos para ofrecer un Fondo *“muy barato”* o ningún fondo en absoluto, en la seguridad de que los damnificados por la quiebra del banco no son sus propios nacionales. El mínimo de cobertura es de 20000 euros por depositante.

6. Las normas de supervisión y vigilancia de las entidades bancarias

Además del seguro a los depositantes que supone el Fondo de Garantía de Depósitos, los legisladores tratan de reducir el riesgo de insolvencias bancarias a través del *Derecho de supervisión y vigilancia de las entidades bancarias* que otorga poderes muy notables al Banco de España para inspeccionar el comportamiento de los bancos, evitando prácticas fraudulentas o excesivamente arriesgadas y para sancionar —incluso con la intervención administrativa de la entidad— dichos comportamientos. La justificación de estos poderes tan amplios se encuentra en permitir al controlador que descubra los problemas que pueden acabar en quiebra, en su etapa más incipiente de forma que puedan ser corregidos a menor coste. Su contenido típico es, curiosamente, bastante similar al contenido que los prestamistas suelen imponer a los prestatarios en operaciones de préstamo a gran escala. En lo fundamental, abarca todos aquellos aspectos que, de acuerdo con lo que hemos explicado hasta aquí pueden influir sustancialmente sobre el nivel de riesgo de quiebra de una entidad de depósito. Tales aspectos son, básicamente, los requisitos para el acceso a la condición de banquero; definición de los recursos propios, coefi-

ciente de solvencia y límites a los grandes riesgos; la vigilancia en base consolidada y, además, de algunos límites a las participaciones industriales y la regulación básica de los sistemas de garantía de depósito. En cuanto al *saneamiento de entidades de crédito en dificultades*, la función se atribuye al Fondo de Garantía de Depósitos. Las normas correspondientes se encuentran en el RD 2606/1996 de 20 de diciembre. Básicamente prevén que “cuando la situación de una entidad de crédito, según la información del Banco de España, sea tal que haga previsible que el fondo se verá obligado al pago de los depósitos, éste podrá adoptar las medidas preventivas y de saneamiento que estime oportunas para facilitar la viabilidad de la entidad y la superación de la crisis, todo ello dentro del marco de un plan de actuación acordado por la entidad y aprobado por el Banco de España”. El *plan de salvamento* de un banco en crisis comprende, normalmente, tres tipos de medidas: ayudas financieras (préstamos a bajo interés, garantías, ayudas a fondo perdido, adquisición por parte del Fondo de préstamos de dudoso cobro del banco en crisis...); reestructuración de la propiedad del banco propiciando la absorción del banco en crisis por otra entidad o la suscripción por parte del Fondo de un aumento de capital, etc y medidas de gestión que sustituyan a los administradores y garanticen una mejora en la organización de la entidad.

II. PROBLEMAS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA

1. El deber de secreto bancario

Aún cuando no hay una base legal en sentido estricto, se admite generalmente la existencia de una obligación para el banco de *guardar secreto* respecto a los datos de sus clientes a los que tiene acceso debido a su relación con ellos. El fundamento del derecho del cliente a que datos relativos a su persona o patrimonio no sean conocidos es el derecho a la *autodeterminación informativa*, es decir, es el derecho de cualquiera a que no se hagan públicos datos relativos a su persona que desea mantener en secreto. Ahora bien, dicho derecho (como expresión de un derecho fundamental) no es oponible a otros particulares con carácter general. Por tanto, el deber del banco de guardar secreto requiere un fundamento en la (regulación de la) propia relación cliente/banco. Este fundamento se encuentra en *la buena fe* (art. 1258 CC). En efecto, la relación entre el banco y el cliente es una relación de confianza. El cliente pone en conocimiento del banco datos respecto de cuyo uso resulta imposible al cliente un control exhaustivo. Por lo tanto, el banco puede afectar negativamente a la esfera del cliente con su conducta, de ahí que “*un compor-*

tamiento leal y honrado" le exija abstenerse de comunicar informaciones que de acuerdo con la voluntad expresa o presunta del cliente han de permanecer secretos. Se trata, consiguientemente de un *deber de origen legal*.

Presuntivamente, todas las informaciones referidas al cliente a las que haya tenido acceso en virtud de la relación contractual entran en lo que ha de considerarse secreto. Para comunicarla a terceros requiere autorización. En este punto, existe regulación específica para aquellas informaciones (datos personales) que consten en archivos informatizados (Ley Orgánica Reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos, LORTAD) que exige autorización previa para dar a los datos personales de personas físicas tratamiento informático (y notificar a la Agencia de Protección de Datos la creación del fichero) y autorización para comunicar tales datos a terceros. El problema más importante es el de los llamados "registros de morosos". El deber de secreto del banco cede frente a la Hacienda Pública porque al derecho del cliente se opone el deber general de contribuir al levantamiento de las cargas tributarias y frente a la Administración de Justicia por razones igualmente constitucionales y, en determinados casos, también —aunque de forma muy excepcional— frente *al deber de información o de asesoramiento* (legal o contractual) del banco frente a otro cliente o frente a terceros.

2. Clasificación de las operaciones bancarias

La clasificación doctrinal más tradicional de las operaciones bancarias distingue entre operaciones *activas*, cuando el banco concede crédito al cliente y *pasivas*, cuando es el cliente el que concede crédito al banco. Así, un préstamo es una operación de activo y un depósito es una operación de pasivo. Esta clasificación resulta cada vez más incompleta, puesto que los bancos realizan cada vez más operaciones que tienen por objeto conceder crédito a *terceros* (por encargo de un cliente como fianzas, avales, mandatos de crédito) y operaciones que tienen por objeto la *prestación de servicios* a favor de los clientes (gestión de patrimonios, asesoramiento en inversiones, adquisición de valores). Es conveniente, pues, ensayar otra clasificación. Un criterio más razonable es el que distingue desde la perspectiva de las necesidades de la clientela bancaria que son satisfechas por los bancos. Este criterio nos permite clasificar las operaciones bancarias en cuatro grandes grupos: servicios bancarios para satisfacer las necesidades del tráfico de pagos; servicios bancarios para satisfacer las necesidades de financiación de empresas y particulares; servicios bancarios para satisfacer las necesidades de inversión de empresas y particula-

res y servicios que satisfacen necesidades financieras complementarias. Los servicios que satisfacen las necesidades del *tráfico de pagos* sustituyen los pagos en efectivo por "dinero contable" sin movimiento físico de fondos: incluyen el contrato de servicio de caja (cuenta corriente bancaria), la transferencia, la domiciliación de pagos, tarjetas de débito, tarjetas de cajero, contrato de cheque, remesas de documentos; créditos documentarios etc. Los servicios que satisfacen las *necesidades de financiación* incluyen las tradicionalmente llamadas operaciones activas que pueden ser de préstamo o de financiación: préstamo, apertura de crédito. Los servicios que satisfacen las *necesidades de inversión* incluyen los depósitos bancarios de todo tipo, más todas las operaciones de gestión de patrimonio (administración de patrimonios, mediación en operaciones bursátiles etc.). Los bancos pueden realizar todas estas actividades directamente con el límite en las reservadas por la ley del mercado de valores a las sociedades y agencias de valores. Los servicios que satisfacen necesidades *complementarias* de financiación son los de prestación de garantías y avales de todo tipo.

III. EL CONTRATO DE SERVICIO DE CAJA O CUENTA CORRIENTE BANCARIA

1. El tráfico de pagos. Introducción

El pago de una obligación dineraria se hace, tradicionalmente, mediante la entrega de dinero, esto es, billetes o monedas de curso legal y se hace, directamente, por el deudor al acreedor. Sin embargo, cada vez con mayor importancia, acreedores y deudores acuden, para ejecutar los pagos, a la intervención de intermediarios (normalmente, bancos) que no entregan los billetes o las monedas al acreedor en nombre y por cuenta del deudor, sino que crean, a favor del acreedor un crédito que sustituye al que ostentaba el acreedor contra el deudor primitivo. En el nuevo crédito, el banco o el intermediario es el nuevo deudor. El tráfico de pagos se basa, pues y cada vez más, en anotaciones realizadas por bancos en *cuentas corrientes*.

Ej. Antonio debe a Bernabé 5000 —precio de una compraventa—. En lugar de pagar directamente en efectivo, Antonio ordena a su banco que abone dicha cantidad en la cuenta de Bernabé. Antonio deja de ser deudor y, en su lugar, se coloca el banco de Bernabé.

2. Pacto de cuenta corriente y contratos en cuenta corriente

Prima facie, una cuenta corriente bancaria es la expresión contable de las relaciones jurídicas existentes entre un banco y un cliente. Dicha expresión refleja un *credito* (a favor del cliente o a favor del banco) que resulta de aplicar el mecanismo de la compensación a la relación jurídica entre el banco y el cliente. Pues bien, al acuerdo que prevé la compensación como mecanismo de liquidación de relaciones jurídicas sucesivas lo denominaremos *pacto de cuenta corriente*. Se trata de un pacto —y no de un contrato— en la medida en que el acuerdo de compensación no puede tener existencia independiente de las relaciones contractuales entre las partes que lo adoptan. En efecto, para que pueda acordarse la compensación tienen que existir deudas recíprocas que compensar y estas deudas han de nacer de relaciones jurídicas previsibles o preexistentes al pacto. Sin un contrato del que nazcan las obligaciones compensables carece de sentido un pacto de compensación.

La confusión terminológica aparece cuando se denomina *contrato de cuenta corriente bancaria* propia a aquél por el que el banco se obliga a llevar a cabo operaciones de pago y cobro por cuenta del cliente a cambio de una remuneración consistente en comisiones (por cada operación realizada o por mantenimiento de la cuenta) y diferencia de intereses entre el pagado al titular de la cuenta y los intereses de mercado. Es decir, al contrato cuyo contenido consiste en la prestación por el banco del *servicio de caja* al cliente. Como podrá deducirse, el contrato celebrado entre las partes es, en realidad, un *mandato o comisión mercantil en cuenta corriente*. Este uso del lenguaje sería simplemente una imprecisión que podríamos eliminar denominando al contrato como *contrato de servicio de caja*. Para evitar tales errores conviene no perder de vista que lo decisivo a efectos de determinar el régimen jurídico aplicable no es el pacto de cuenta corriente, sino las relaciones que se liquidan a través del mismo. En el préstamo, lo causal —y, por tanto, lo jurídicamente relevante—, es la concesión de crédito al cliente, y dicha función económico-social típica no varía por el hecho de que se le añada un pacto de cuenta corriente. En el contrato de servicio de caja (cuenta corriente bancaria propia), el propósito práctico perseguido por las partes —la causa del contrato— es la realización de pagos y cobros por el banco en interés del cliente y no la liquidación de cada uno de ellos mediante compensación. Por último, en los depósitos bancarios en cuenta corriente, lo causal es que el cliente presta su dinero al banco (depósito irregular), por lo que su régimen jurídico vendrá determinado por las normas del préstamo, más las reglas que se deriven del hecho de que las partes hayan acordado someter el contrato al pacto de cuenta corriente

en el caso del contrato de servicio de caja y de acuerdo con lo expuesto, su régimen jurídico será el de la comisión o el mandato más las normas relativas a la compensación en una relación duradera. Consecuentemente, el régimen jurídico de cada contrato bancario vendrá determinado por la regulación aplicable al contrato más la que se considere adecuada para el pacto de cuenta corriente.

La confusión se debe a que, en la práctica negocial, quedan reflejadas en una única cuenta una pluralidad de contratos entre banco y clientes. Así, se “ponen” en la misma cuenta el servicio de caja junto a un depósito irregular o un préstamo concedido por el banco al cliente. Tal se produce, sobre todo, en el caso de las libretas de ahorro que por efecto de la competencia, en sus más modernas configuraciones sirven de soporte tanto a un contrato de servicio de caja en cuenta corriente como a un depósito. Pero esta práctica negocial no plantea objeciones insalvables al planteamiento que venimos realizando aquí. En primer lugar, debe recordarse que se observa igualmente en los últimos tiempos una tendencia a separar las cuentas cuyos fondos tienen por objetivo servir de provisión de fondos para el servicio de caja (en las que se domicilian los adeudos y se reciben transferencias periódicas) y las cuentas cuyo pacto de cuenta corriente va asociado a contratos de depósito irregular (“supercuentas”, “libretones”, “imposiciones a plazo fijo”) o a contratos de préstamo. En segundo lugar, y aún cuando se reconozca esta “unificación” de relaciones negociales en una misma cuenta, la clasificación aquí realizada debe mantenerse. En el caso de que por las circunstancias que rodean el contrato y, en particular, por la cuantía del saldo pueda afirmarse que no estamos sólo ante la provisión de fondos propia del mandato y, consecuentemente, no sólo ante un contrato de servicio de caja en cuenta corriente, la consecuencia será afirmar que dicha cuenta contiene dos relaciones contractuales sometidas al pacto de cuenta corriente y, deberán aplicarse las normas del mandato o las del depósito irregular en función del conflicto concreto que se plantee. En tales supuestos, es correcto hablar, como hace la jurisprudencia, de contrato mixto STS 11.3.1992, AC, 26(1992) p. 637.

En cuanto a la llamada *cuenta corriente mercantil*, es decir, el acuerdo entre dos comerciantes por el que someten a liquidación por compensación los créditos recíprocos que resultan de sus relaciones comerciales, no hay razón para no considerarla como un *pacto de cuenta corriente* añadido a las relaciones comerciales entre las partes. Pacto, que desde el punto de vista de la función económica a la que sirve, no puede distinguirse del asociado a un contrato bancario, por lo que, a nuestro juicio, puede prescindirse de la distinción. En definitiva, pues, no hay *contratos de cuenta corriente*, sino *contratos en*

cuenta corriente y, por tanto, todo contrato que implique remesas de dinero *entre las partes*, tengan éstas la naturaleza que tengan (provisión de fondos de una de las partes a la otra, pagos parciales, prestaciones dinerarias que sirven para ejecutar un contrato de tracto sucesivo...) puede incorporar a su contenido un *pacto de cuenta corriente*, esto es, la previsión de que las relaciones recíprocas se irán liquidando por compensación de acuerdo con los caracteres que se pacten (automática, sucesiva...). En cuanto al régimen jurídico aplicable, deben mantenerse separadas las cuestiones relativas al contrato celebrado entre las partes y las cuestiones relativas al pacto de cuenta corriente.

3. El servicio de caja: caracteres del contrato

El *elemento definitorio* (causa) del contrato que examinamos es el *servicio de caja*. En función de éste, hemos señalado que la calificación más correcta es la de mandato o comisión (STS 19.11.1995 y 21.11.1997). El banco, por razón de este contrato, se convierte en agente del cliente en el tráfico de pagos y de cobros, o en la gráfica expresión de Garrigues, "se obliga a hacer de su caja la caja propia del cliente"². Gracias a este servicio, el cliente puede pagar y cobrar sus deudas y créditos con terceros sin necesidad de movimiento físico personal o de los fondos. Se aplican las reglas generales en materia de actuación por cuenta de terceros, en materia de actuación mediante representante. La forma típica de apoderamiento es la *autorización*.

4. Pluralidad de titulares

En caso de *pluralidad de titulares* las relaciones jurídicas se hacen más complejas, porque resulta necesario distinguir las relaciones *entre los cotitulares*, las relaciones de éstos *con el banco* y las relaciones de los cotitulares *con terceros* (acreedores o deudores de los cotitulares). Los cotitulares, *entre sí*, tienen una *sociedad interna* cuyo *fin común* es organizar su tráfico de cobros y pagos. En lo que se refiere a las *relaciones de los cotitulares con el banco*, estamos en presencia de un *contrato* (de mandato) con *pluralidad de mandantes* y no meramente ante un *crédito con pluralidad de acreedores* que es la calificación más habitual en la doctrina. Por último, en lo que se refiere a las *relaciones entre cotitulares y terceros*, se admite generalizadamente que los terceros pueden pedir el embargo de los saldos contenidos en cuentas corrien-

² GARRIGUES, *Contratos bancarios*, p. 122.

tes de las que sean titulares sus deudores, lo que puede suponer —si en las relaciones internas los fondos han sido aportados exclusivamente por uno de los cotitulares— que se embargue un crédito (contra el banco) que en las relaciones internas entre cotitulares no corresponde al embargado. En la práctica judicial es relevante, para resolver la cuestión el carácter indistinto o mancomunado de la cuenta. En el primer caso, el tercero puede embargar la totalidad del saldo y los cotitulares no pueden ejercitar una tercería de dominio, mientras que si la cuenta es mancomunada, el embargo se practicaría sólo por la parte proporcional del saldo (art. 1142 CC).

Las relaciones *entre los cotitulares y el banco* puede organizarse bajo la forma de *cuentas mancomunadas*, es decir, aquéllas en las que todos los mandantes-cotitulares han de dar las órdenes al banco conjuntamente para que el banco tenga obligación (y esté legitimado) de cumplirlas o *cuentas indistintas*, es decir, aquéllas en las que la actuación de cualquiera de los mandantes-cotitulares vincula a los demás frente al banco. A falta de pacto expreso debe entenderse que estamos ante una cuenta mancomunada ya que ésta es la forma que garantiza una mayor protección de los cotitulares. En las *cuentas indistintas* cualquiera de los titulares puede dar órdenes al banco mientras que las *cuentas mancomunadas* se caracterizan porque el ejercicio de la titularidad debe realizarse conjuntamente por todos los cotitulares frente al banco.

La titularidad de la cuenta no dice nada acerca de la *propiedad de los fondos* depositados en ella en el sentido de que la apertura en común de una cuenta no modifica, en principio, las relaciones patrimoniales sustanciales entre los cotitulares. La sociedad interna carece de patrimonio y, por tanto, los derechos derivados del contrato de servicio de caja pertenecen a los socios. Tampoco puede sostenerse la existencia de copropiedad (estructura patrimonial de la sociedad interna) si previamente no se ha probado que los socios pusieron en común los fondos. Si el contrato que da lugar a la apertura de la cuenta es un mandato, la ausencia de patrimonio común es aún más evidente. Por tanto, el hecho de que en una cuenta sean titulares la madre y la hija no prueba que los fondos depositados en ella pertenezcan por mitad a las dos. Todo lo anterior, al margen de que el dinero depositado en una cuenta corriente pertenece al banco y los titulares ostentan únicamente un *derecho de crédito* frente al banco por dichas cantidades.

5. Compensación entre cuentas corrientes

De acuerdo con los condicionados generales, la *compensación* propia de la cuenta corriente se extiende a todas las cuentas (posiciones) que ostente el

titular frente al banco, de forma que los bancos se reservan la facultad de efectuar traspasos entre cuentas cuando alguna de ellas presenta un saldo favorable al banco (“números rojos”). La cláusula correspondiente de los formularios se limita a aclarar que la compensación entre cuentas no es automática de forma que se mantienen (relativamente) independientes los saldos de cada una de ellas (comunicándolas por orden expresa del cliente —traspaso— o por voluntad del banco en caso de falta de saldo en alguna de ellas). Esta separación relativa es conforme con la voluntad presumible de las partes y útil en el plano de la contabilidad dadas las eventualmente distintas condiciones de cada cuenta.

6. El valor probatorio de los saldos

Dado que es necesario determinar en cada momento el saldo porque éste resulta automáticamente de la compensación de abonos y cargos en la cuenta, tiene gran importancia en las cuentas bancarias la determinación del *valor probatorio de los saldos comunicados por el banco* y el silencio frente al envío de dichos saldos por el banco al titular. No parece caber duda de la existencia de un deber de respuesta (ex art. 57 C de c) por parte del titular de la cuenta en caso de disconformidad con el saldo enviado por el Banco. El incumplimiento de este deber de hablar no tiene, sin embargo, por qué provocar la inimpugnabilidad del saldo, es decir, ni el envío por parte del banco del saldo constituye una declaración de voluntad ni el silencio del cliente tiene el carácter de una declaración de voluntad (de transigir) si existen discrepancia sobre los cargos y abonos, porque tal interpretación del silencio es, a todas luces, exorbitante. La cláusula de condiciones generales que pretenda atribuir tal efecto es, consecuentemente, nula (Auto AP Toledo 20.2.1995, AC 1995 nº 1054). Ahora bien, parece una solución conforme con la buena fe, afirmar que si, transcurrido un plazo de tiempo razonable sin impugnación por parte del cliente, el banco reclama —en su caso— el pago del saldo deudor de una cuenta, corresponderá al cliente la carga de la prueba de la incorrección del saldo carga que pesará de nuevo sobre el banco si el titular logra probar que aquél cumplió defectuosamente su deber de llevar la contabilidad de la relación porque se hubieran detectado errores o anomalías.

7. Los descubiertos en cuenta corriente

Los descubiertos no constituyen, en principio, un préstamo que el cliente hace al banco, sino anticipación de la provisión por parte del comisionista.

Esta calificación es, además, la más conforme con la voluntad presumible de las partes. Cuando un banco paga un recibo a pesar de que no hay fondos suficientes en la cuenta en la que el recibo está domiciliado, el banco no está otorgando un préstamo por tiempo indeterminado. El banco “quiere” atender a las órdenes correspondientes de su cliente (descontando letras o atendiendo cheques u órdenes de domiciliación de adeudos) y, a tal efecto, adelanta los fondos necesarios. Solo excepcionalmente podrá considerarse que estamos ante un préstamo.

IV. LA TRANSFERENCIA Y LA DOMICILIACIÓN DE ADEUDOS

1. Concepto y caracteres

Por transferencia se entiende aquel *medio de pago consistente en una orden dada al banco (banco emisor) por parte de un cliente (ordenante) a fin de que, con cargo a su cuenta, abone un determinado importe en otra cuenta del mismo o distinto banco (banco destinatario) abierta a nombre de un tercero (beneficiario) o del propio ordenante.*

La transferencia puede ser *esporádica o periódica, interna*, esto es, aquella que se desarrolla entre dos sucursales del mismo banco (denominándose *traspaso* cuando se efectúa entre dos cuentas de la misma sucursal) o *externa* cuando la cuenta beneficiaria pertenece a un banco distinto. Puede ser igualmente *directa* cuando intervienen sólo dos bancos o *indirecta* si intervienen más de dos.

La transferencia *implica realizar el pago mediante la constitución de un crédito a favor del beneficiario-acreedor y a cargo, bien del banco emisor (transferencia interna), bien del banco destinatario (transferencia externa).*

Ejemplo: Antonio vende a Bernabé una partida de vino por 10.000 y acuerdan que el pago del precio se realizará mediante transferencia. Esta es la relación que se denomina *valuta*. Para cumplir, Bernabé —ordenante— ordena a su banco BB —banco ordenante— que transfiera 10.000 a la cuenta de Antonio —beneficiario— en BA —banco beneficiario—. La relación entre Bernabé y su banco se denomina *provisión*. Por tanto, Bernabé habrá cumplido su obligación de pagar el precio de la compraventa en el momento en que exista un crédito a favor de Antonio en su banco. Ahora, el que debe a Antonio no es ya Bernabé sino BA.

El *procedimiento* se inicia con la orden de transferencia impartida por el titular de una cuenta, por escrito o por cualquier otro medio acordado ("banca telefónica", Internet). El banco comprobará la autenticidad de la orden y que existe saldo suficiente. El banco puede rechazar el encargo en caso de saldo insuficiente (STS 11.3.1972 y 29.5.1978). La excepción del saldo insuficiente deriva del carácter de mandatario del banco en virtud del contrato de cuenta corriente, puesto que ningún mandatario está obligado a ejecutar el mandato si no se le proveen anticipadamente los fondos (art. 250 I C de c). Comprobado el saldo, el banco efectúa un apunte contable de cargo en la cuenta del ordenante que cubre el importe de la transferencia, más los gastos y comisión. A continuación efectúa la transmisión de la orden al banco destinatario quien, tras recibir dicha comunicación procede a informar al beneficiario de la transferencia efectuada y a efectuar el abono en la cuenta de éste de la cantidad transferida.

La transferencia es un instrumento del tráfico de pagos. Su función económica consiste en la realización de pagos sin circulación de efectivo que se sustituyen por apuntes contables. Las ventajas para la clientela consisten en el ahorro de tiempo y esfuerzo y en la evitación de la circulación física del dinero y los riesgos adheridos. Si la transferencia tiene como función básica servir de instrumento al tráfico de pagos sin empleo de efectivo, cabe afirmar que a falta de regulación legal, una regulación conforme con la buena fe, los usos y la ley (art. 1258 CC y art. 2 C de c) *debería colocar al beneficiario de la transferencia como si hubiese cobrado en efectivo y al ordenante como si hubiese pagado en efectivo.*

2. El abono en cuenta

El crédito del beneficiario frente a su banco nace con el *abono en cuenta*, es decir, cuando el banco destinatario abona en la cuenta del beneficiario la cantidad remitida por el banco ordenante. Hasta ese momento, el banco destinatario no debe nada al beneficiario. Hasta ese momento, el deudor del beneficiario sigue siendo el ordenante. El efecto novatorio (extintivo de la obligación del ordenante sustituido por la obligación asumida por el banco destinatario) se produce con el abono en cuenta.

Los problemas más importantes son los relativos a *los efectos de la existencia de vicios o vicisitudes en la relación entre el banco emisor y el banco destinatario sobre la relación entre ordenante y el beneficiario.* A partir del abono en cuenta, el beneficiario puede "pasar" de los problemas que tuviera el

banco destinatario con el banco ordenante y el banco destinatario tampoco puede tratar de retroceder los fondos abonados alegando problemas en la relación entre el ordenante y el beneficiario. Así, el banco destinatario no puede retroceder la cantidad ingresada alegando que el ordenante carecía de fondos suficientes, que ha caído en quiebra con posterioridad, que no ha recibido el dinero del ordenante etc. Fundamentalmente, porque son relaciones a las que, bien el beneficiario, bien el banco destinatario son ajenos. Si no se hace inmune al beneficiario frente a estas alegaciones, la posición del beneficiario de una transferencia sería mucho más débil que la del receptor de una suma de dinero, poniendo en peligro así, la finalidad de la transferencia como medio de pago. Naturalmente, el beneficiario tendrá que soportar la alegación de que el abono en cuenta se hizo por error (se le pagó dos veces o se le pagó una cantidad superior a la pactada)

3. Domiciliación de adeudos o autorización de débito

El instrumento del tráfico de pagos más utilizado en nuestro país y simétrico a la transferencia es la domiciliación de adeudos o recibos. Aquí la iniciativa para realizar el pago parte del acreedor que, previo acuerdo con el deudor (relación de valuta), envía, a través de su banco, la factura al banco del deudor quien extrae los fondos correspondientes y los transfiere al banco del acreedor (ej. Telefónica envía el recibo bimensual al banco del abonado. Este lo carga en la cuenta del abonado y envía los fondos a la cuenta de Telefónica en ese u otro banco). El procedimiento puede llevarse a cabo, igualmente, mediante el envío por el deudor a su banco de una autorización para que atienda el pago de los recibos presentados por el acreedor. La domiciliación de recibos facilita al deudor el cumplimiento puntual de sus obligaciones. El acreedor, sobre todo de pagos periódicos, no tiene que preocuparse de solicitar el pago en cada ocasión, pudiendo de esta forma prever más fácilmente sus flujos de liquidez. Para el banco del acreedor, se reducen los costes administrativos en cuanto que puede acumular, en una sola operación, todos los abonos correspondientes a todos los clientes del acreedor que han pagado a través de su banco. Pueden trasladarse *mutatis mutandi* las observaciones realizadas en relación con la transferencia. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que así como para realizar abonos en la cuenta es suficiente la autorización genérica al banco que deriva del contrato de cuenta corriente, para la realización de cargos en la misma, es necesario, en principio *autorización específica del cliente*, bien previa al cargo, o bien posterior (ratificación) incluso, según los casos, por silencio frente a la comunicación bancaria del cargo efectuado.

V. EL CRÉDITO DOCUMENTARIO³

1. Concepto y función

El crédito documentario es una forma de ejecución de contratos muy extendida en las *compraventas internacionales* y cumple funciones de *pago, financiación y de garantía* en el comercio internacional. Cuando comprador y vendedor están situados en países diferentes, la inseguridad de ambos respecto a que la otra parte ejecute correctamente el contrato les lleva a pedir la mediación de un banco. El comprador no quiere pagar sin tener cierta seguridad de que las mercancías le serán entregadas y el vendedor no querrá desprenderse de las mercancías sin asegurarse el pago del precio. Para garantizarse el cumplimiento pueden añadir una cláusula de *pago contra documentos*, es decir, establecen en el contrato que el comprador —ordenante— dará una orden a un banco pactado para que éste emita una carta de crédito y pague el precio de las mercancías contra entrega, por parte del vendedor —beneficiario—, de los denominados *documentos representativos de las mercaderías* (conocimiento de embarque, talón de ferrocarril, carta-porte...), es decir, de documentos que acreditan que el vendedor ha cumplido las obligaciones que para él se derivan de la compraventa (entrega de las mercancías al porteador). El banco se obliga —crédito irrevocable— frente al beneficiario a pagarle el precio de las mercancías contra la entrega de los documentos citados y con independencia de los problemas que puedan existir en la compraventa.

Con ello, el vendedor obtiene una ventaja añadida. Puesto que el banco ha de pagar con independencia de las relaciones causales entre ordenante-comprador y beneficiario-vendedor, no se oponen al vendedor excepciones causales (derivadas del contrato de compraventa), excepciones que tendrá que oponer posteriormente el comprador. Por tanto, con el crédito documentario se consigue una inversión de la carga de la demanda. Si hay vicios ocultos en la mercancía o si se produce cualquier otra clase de incumplimiento del vendedor o ineficacia de la compraventa, será el comprador el que haya de demandar para recuperar el precio ya pagado. El crédito documentario constituye, pues, *un instrumento de pago que protege especialmente al acreedor del precio*, protección que se articula a través de un procedimiento que responde a la idea de *solve et repete*: el comprador ha de pagar primero —a través del banco— y, a continuación, en su caso, reclamar.

³ Para lo que sigue v., CANARIS, *Bankvertragsrecht*. V., también, A. RECALDE CASTELLS, "El Crédito documentario" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, 93/94 vol III, p 135 ss.

La *protección del comprador* se articula a través de la intervención del banco *examinando los documentos* los cuales prueban, en casos normales, que el vendedor ha cumplido correctamente la compraventa, porque son documentos que acreditan que las mercancías han sido puestas en manos del transportista para ser conducidas hasta el comprador y que se corresponden con las que figuran descritas en el contrato.

En ocasiones, el banco actúa como simple mandatario, pagando con fondos que el comprador tiene en el propio banco. En otros casos, el banco adelanta los fondos y el contrato adquiere función de crédito. Respecto de dicho crédito, los documentos recibidos por el banco le sirven de garantía frente al comprador-ordenante, puesto que el banco no le devolverá tales documentos (que son necesarios para reclamar las mercancías al transportista) si el ordenante no le ha reembolsado los gastos, comisiones y anticipos efectuados.

2. Relaciones entre ordenante y banco

Se inician cuando el comprador-ordenante se dirige al banco solicitando la apertura del crédito. Si el banco acepta, enviará al beneficiario la *carta de crédito* en la que consta su compromiso de pago (se trata, pues, de un contrato de comisión). La tarea fundamental del banco es la de *examinar los documentos* que le presentará el vendedor-beneficiario comprobando que son los previstos en el contrato y que están limpios. De los documentos que han de ser presentados, el más importante es el conocimiento de embarque, es decir el documento que acredita que las mercancías vendidas han sido entregadas por el vendedor al capitán del buque en el que serán transportadas hasta el puerto de destino donde las recogerá el comprador. Que los documentos han de ser "*limpios*" significa que el banco no debe pagar al vendedor si en alguno de ellos hay *reservas*, esto es, cláusulas o anotaciones que expresamente hagan constar el estado deficiente de las mercancías y/o del embalaje. El banco puede aceptar los documentos *bajo reserva* e intentar que sean aceptados por el ordenante.

3. Relaciones entre el beneficiario y el banco

Se inician con la *confirmación*, es decir, con la comunicación por parte del banco al beneficiario de la apertura de crédito a su favor y de los documentos que ha de presentar para obtener el pago. Este banco recibe el nombre de *banco confirmador o confirmante*. Puede que el banco no confirme, sino únicamente, "avise" al beneficiario de la apertura del crédito en otro banco.

De la propia función y naturaleza del crédito se deriva que la relación entre el banco y el beneficiario es autónoma tanto respecto de la relación entre ordenante y beneficiario (*relación de valuta*) como de la relación entre ordenante y banco (*relación de provisión*). El vendedor no estaría dispuesto a aceptar la forma de pago que supone el crédito documentario si hubiera de temer que el banco puede oponerle cualesquiera excepciones derivadas de sus relaciones (de ambos) con el comprador. Así, el banco no podrá oponer, en primer lugar, excepciones derivadas de las relaciones del Banco con el ordenante, por ejemplo, la falta de provisión por parte del ordenante (que no le ha entregado los fondos necesarios), la quiebra o la suspensión de pagos del ordenante ni tampoco las discrepancias entre el encargo del ordenante y la apertura del crédito efectivamente realizadas. Esa relación es, para el beneficiario, *res inter alios acta* (que no le afecta). Tampoco puede oponerle excepciones derivadas de las relaciones entre el ordenante y el beneficiario (STS 8.5.91), lo cual es igualmente lógico porque el banco es un tercero respecto de dichas relaciones. La razón de su inoponibilidad se encuentra en que, en el crédito documentario, el banco no quiere saber nada de la relación causal —de la compraventa— porque no puede valorar adecuadamente la existencia de problemas en la misma. Así, no podrá oponer la existencia de vicios ocultos en la mercancía, la falta de entrega o la ineficacia del contrato de compraventa etc.

4. Efectos de la cláusula pago contra documentos sobre la compraventa

Esta cláusula impone al comprador la obligación de conseguir la apertura de crédito. Al vendedor, la de presentar los documentos para el pago en el banco. El incumplimiento de estas obligaciones tiene alcance resolutorio. En caso de imposibilidad, el comprador podrá pagar en efectivo (art. 1170 CC). El precio de la compraventa sólo se considera pagado cuando el beneficiario hubiera dispuesto de los fondos del banco (art. 1170 II CC, la apertura del crédito se hace *pro solvendo*). El vendedor no puede exigir el pago por otra vía si ha aceptado el “pago contra documentos”.

VI. LAS TARJETAS DE CRÉDITO

1. Introducción: naturaleza de las tarjetas

Las tarjetas no son, en sí mismas, mas que títulos de legitimación. Es decir, documentos que facilitan a un sujeto (acreedor) la prueba de que tiene

derecho a recibir una prestación. Así, por ejemplo, la tarjeta de cajero automático no es más que un título que permite al acreedor (cliente) realizar órdenes de pago a cargo de su cuenta. Las tarjetas de compra que emiten muchas empresas de distribución al por menor (Tarjeta El Corte Inglés, por ejemplo), no son más que documentos que legitiman al comprador para efectuar el pago de las mercancías adquiridas aplazadamente sin tener que hacer el pago en efectivo que se sustituye por un cargo/abono en la cuenta corriente del comprador. Las tarjetas de crédito incluyen a menudo una tarjeta de cajero automático y, además, constituyen el documento que legitima al tenedor para dar órdenes contra una cuenta de crédito, es decir, para disponer del crédito concedido por el banco emisor de la tarjeta. Por tanto, la relación a cuya ejecución sirve es una apertura de crédito.

2. Relaciones contractuales en el empleo de tarjetas de crédito

En la utilización de tarjetas de crédito típicas (Visa, American Express, Mastercard) se desarrollan tres relaciones. Por un lado, un contrato entre el banco emisor y el titular de la tarjeta (contrato de emisión), un contrato entre el banco y el establecimiento que va a admitirla como medio de pago (contrato de afiliación) y el contrato entre el titular de la tarjeta y el titular del establecimiento afiliado cuya prestación será pagada por medio de tarjeta (contrato de compraventa etc.) En función del tipo de tarjeta existirá una relación entre el titular de la tarjeta y la empresa emisora, o bien, una relación entre el titular de la tarjeta y una empresa franquiciada de aquélla.

El empleo de tarjeta de crédito significa la intervención de un intermediario financiero en el acto del pago de un contrato ya celebrado. El intermediario financiero asume, por efecto de acuerdos preexistentes con las dos partes, el encargo de efectuar el pago debido por el comprador al vendedor. El pago con tarjeta de crédito permite la liquidación simultánea de dos relaciones mediante un solo acto. Cuando el delegado (el banco/empresa emisora de la tarjeta) paga al delegatario (el establecimiento) por orden del delegante (titular de la tarjeta) se extinguen simultáneamente la deuda del delegante frente al delegatario y la deuda del delegado con el delegante.

Como hemos dicho, la causa del contrato de tarjeta de crédito vendrá determinado por las relaciones para cuya ejecución se utiliza la tarjeta. En la relación de provisión, la función económica del contrato es permitir a los titulares de la tarjeta el ejercicio de los derechos derivados del contrato de apertura de crédito concedido por la institución emisora para el pago de bienes y

servicios a cambio del cobro de intereses y de comisión. Por lo tanto, la tarjeta tiene funciones de pago y crédito sin empleo de dinero en efectivo. En la relación de valuta, el empleo de la tarjeta, sin embargo, se equipara, en la voluntad de las partes al *pago en efectivo*. La intervención del intermediario financiero cumple la finalidad de garantizar dicha equivalencia (garantizando el pago de las facturas presentadas por el titular del establecimiento) permitiendo, al mismo tiempo, al titular de la tarjeta, la compra a crédito.

3. Derechos del banco contra el titular de la tarjeta y uso fraudulento por terceros

El banco tiene derecho a considerar los pagos realizados a través de cajero o de la presentación de la tarjeta en un establecimiento como pagos válidamente realizados y, por lo tanto, a reflejarlo en la contabilidad de la cuenta corriente correspondiente. Los supuestos más problemáticos son los de utilización de tarjetas por terceros indebidamente. En principio, la prueba de la realización del pago corresponde, según las reglas generales, al banco. El banco ha de probar, en primer lugar, que el cliente actuó, porque la prueba de la extinción de las obligaciones corresponde al que la alega. Pero tiene a su favor una prueba *prima facie* a través de la tarjeta y el PIN de manera que el cliente ha de demostrar que a pesar de tales hechos, él no utilizó la tarjeta. Si al cliente le obliga físicamente un delincuente a extraer fondos del cajero o a utilizar la tarjeta de cualquier otra forma, habrá de sufrir él mismo el daño y no podrá traspasarlo al banco. Que a uno le roben o le amenacen es un riesgo de la vida diaria que ha de asumirse por cada cual. Del mismo modo que si a uno le roban por la calle dinero en efectivo.

Ahora bien, *si la seguridad del sistema diseñado por el banco para la utilización de la tarjeta es deficiente* (no se exige identificación alguna al portador de la tarjeta y no es necesario dar el número secreto) *la exención de responsabilidad del banco es nula*: que exista un sistema de protección suficiente que impida abusos previsibles es una condición sine qua non de la *atribución* del riesgo (no de su desplazamiento). Veamos algunos casos que han ocupado a los tribunales.

La empresa emisora de la tarjeta de pago no comprueba la identidad entre la firma que figura en la factura y la firma del DNI. SAP Bilbao, 19.XII.86, LA LEY 1987-2 p 252-253: "las diferencias entre la firma del titular de la tarjeta y las estampadas en la factura son lo suficientemente diferentes a simple vista como para que el o la empleada de X SA hubiera adoptado la medida de dili-

gencia de exigir la identificación del portador de la tarjeta mediante la exhibición del DNI. La SAP Barcelona de 14.9.90, RGD 1991, p 1811 ha considerado un caso en el que la cláusula de robo imputaba el uso indebido al titular "hasta tanto no haya sido recibida la notificación por dicha sociedad". El Tribunal la considera válida pero limita el derecho de resarcimiento de la empresa al límite de la cuantía de crédito pactada (en el caso 75.000 pts habiendo gastado los ladrones 138000). De forma semejante, también, la SAP Barcelona 4.11.1997 ha considerado que la cláusula que hace responsable al titular de las consecuencias de la pérdida de la tarjeta en tanto no se notifique la pérdida o sustracción a la entidad emisora es válida pero considera que hubo culpa de ambas partes, del cliente por negligencia al no percibir el hurto y del establecimiento al no comprobar la autenticidad de la firma, por lo que, como en el caso anterior, reparte las pérdidas entre las partes. Una solución todavía más favorable al cliente adopta la SAP Toledo 1.7.1999 donde los ladrones habían dispuesto de 500.000 pts de un cajero automático con la tarjeta robada en las 24 horas que transcurrieron hasta que la titular de la tarjeta denunció el robo. El Juez de primera instancia había inferido "por vía de presunciones que la demandante debía (sic) tener apuntado el número secreto en algún documento que portaba y que le fue sustraído conjuntamente con la tarjeta, dada la rapidez y precisión con las que fueron ejecutadas las operaciones de disposición de efectivo según consta acreditado documentalmente". Y afirma la Audiencia que "no puede atribuirse a culpa del contratante el uso fraudulento de la tarjeta por terceros cuando el conocimiento del número secreto por parte de éstos puede deducirse simplemente de datos obrantes en otros documentos sustraídos con la tarjeta y no de su específica anotación en ellos. Es más, en estos casos puede apreciarse también una conducta negligente o poco previosora de la entidad crediticia, al permitir que los titulares escojan un número secreto coincidente con fechas o guarismos que necesariamente aparecen en otros documentos de uso habitual por los mismos, circunstancia al parecer, ... relativamente frecuente y de probable concurrencia en el presente caso, ya que, según consta en la comunicación interna remitida por la sucursal de la que era cliente la apelante, ésta tenía el mismo número secreto para todas las tarjetas y además coincidía con una fecha que recuerda perfectamente". Además, añade la sentencia que la carga de probar la negligencia corresponde al banco y que no bastan presunciones para levantar esta carga puesto que "no cabe excluir la posibilidad de otras hipótesis, igualmente lógicas y verosímiles, que expliquen el conocimiento del número secreto por terceras personas no autorizadas sin mediar una conducta negligente... por parte de la usuaria de la tarjeta dado que la mera utilización ordinaria de la misma, entraña un riesgo evidente de que tal información sea subrepticamente captada". Y concluye que, si del

uso de la tarjeta por un tercero se deduce presuntivamente que el titular actuó negligentemente poniendo a disposición del ladrón, también el número secreto, la limitación de responsabilidad prevista en las condiciones generales del contrato para el caso de uso fraudulento por terceros de la tarjeta —a ocho mil pesetas— no jugaría nunca porque se presumiría la culpa. Semejante planteamiento es el de una reciente Sentencia de 17 de marzo de 1997 (OLG Hamm, ZIP 1997, p 878 ss) en la que un Tribunal Superior alemán ha afirmado, nuevamente, que el punto de partida es que las órdenes dadas mediante la utilización de una tarjeta que no lo hayan sido por su titular, perjudican al banco y no al cliente. En el caso, la tarjeta había sido robada y, entre dicho momento y el momento en que el cliente pudo hablar con el banco, el ladrón había extraído fondos por valor de varios miles de marcos. El Banco alegó que dichos fondos se habían extraído usando el número secreto, al cual, el ladrón solo pudo acceder por negligencia del cliente (porque hubiera apuntado el número en la agenda donde se encontraba la tarjeta). El Tribunal señala que la utilización del PIN no es una prueba de que el cliente actuó negligentemente porque no puede excluirse que el delincuente lograra averiguar el número bien a través de sucesivas pruebas, bien descifrando la banda magnética. La única negligencia que se imputa al cliente es que tardó dos horas y cuarto en comunicar al banco la pérdida de la tarjeta y el tribunal consideró que podía haberlo hecho en una hora, de modo que se le imputan las retiradas de fondos realizadas después de dicha hora

En todo caso, los bancos no pueden excluir su responsabilidad por los pagos realizados a cargo de la cuenta *con posterioridad* a la comunicación realizada por el cliente de que le ha sido sustraída o ha perdido la tarjeta.

VII. LAS GARANTÍAS BANCARIAS

1. Análisis económico del Derecho de las garantías

Una función fundamental de los bancos es la de actuar como garantes del cumplimiento por parte de sus clientes de sus obligaciones frente a terceros. La especial solvencia y liquidez de los créditos frente a una entidad de crédito hacen especialmente seguros los créditos garantizados por una entidad bancaria. Con variadas estructuras jurídicas, en cualquier garantía hay un acreedor (A), un deudor (D) y un garante (G) y el contenido básico del acuerdo consiste en la inmiscusión de G en la relación entre A y D, de tal forma que se compromete frente a A a cumplir —en lugar de D— si éste no lo hace.

Las garantías protegen a los acreedores frente a algunos riesgos de conducta oportunista o insolvencia del deudor, transfiriéndolos al garante⁴. Para que esta transferencia sea eficiente, parece lógico pensar que el garante está en mejores condiciones de controlar dichos riesgos (el garante es el *cheapest cost bearer*) que el acreedor. Como en cualquier otra relación, las partes pueden comportarse oportunistamente y perjudicar injustamente a las contrapartes. Un régimen jurídico razonable debe reducir al mínimo tales posibilidades. Así, “por ejemplo, los garantes pueden dañar a los acreedores —y a los deudores— ofreciendo garantías alegremente, cuando la situación financiera subyacente no justifica el préstamo o dejando de vigilar el comportamiento del deudor. Los acreedores pueden dañar a los garantes y deudores provocando el incumplimiento de los deudores o no cobrando del deudor, aunque fuera posible o disminuyendo así las posibilidades del garante de recuperar del deudor lo pagado. Los deudores pueden dañar a los garantes y acreedores asumiendo riesgos excesivos o no haciendo los esfuerzos necesarios para cumplir sus obligaciones. Además, la propia constitución de la garantía puede crear problemas de incentivos, en particular, cuando una de las partes del contrato subyacente no hubiera anticipado la constitución de la relación trilateral”⁵. Normas generalmente aplicables a las garantías son, por un lado, el derecho del garante a repetir contra el deudor una vez que ha pagado al acreedor (art. 1838 CC); además, se subroga en la posición del acreedor (adquiere los derechos del acreedor) (art. 1839 CC), lo que puede mejorar su posición si el acreedor ostentaba especiales derechos frente al deudor (por ejemplo, una garantía real); además, el garante ostenta, frente al acreedor, un beneficio de excusión (art. 1830 CC). Por otra parte, existen normas que protegen al garante frente a las acciones del acreedor que incrementen el riesgo de su posición (art. 1835 II; 1849, 1850, 1851, 1852, 1853 CC).

La presencia del garante reduce los costes del crédito para el acreedor⁶. En primer lugar, reduce el coste de vigilancia de la conducta del deudor. El acreedor puede confiar en que el garante vigilará la conducta del deudor durante la vigencia del préstamo y podrá así reducir su propio esfuerzo de control. En todo caso, reduce también los costes para el acreedor de informarse acerca de la solvencia del deudor. Además, aumentan los incentivos del deudor para cumplir (porque si no lo hace, su relación con el garante sufrirá). Por último, y sobre todo, el daño esperado del impago o la insolvencia del deudor

⁴ V., para lo que sigue, A. W. KATZ, “An Economic Analysis of the Guaranty Contract”, *U. Chi. L. Rev.*, 66(1999) p 47 ss.,

⁵ KATZ, *U. Chi. L. Rev.* 66(1999) p 59.

⁶ KATZ, *U. Chi. L. Rev.* 66(1999) pp 68-69.

se reducen para el acreedor. Por lo tanto, si fuera gratis, los acreedores preferirían tener garantes a no tenerlos. Si los costes de interés y liquidez son iguales exista o no un garante, hay que entender que la *presencia de un garante reduce los costes de vigilancia y los costes del incumplimiento del deudor*. Para explicar por qué existen garantías hay que aceptar que dichos costes son inferiores para el garante que para el acreedor ya que si fuera al contrario, las partes (acreedor/deudor) no inmiscuirían voluntariamente a un garante en la relación, sobre todo, teniendo en cuenta, además, el incremento de costes provocado por la necesidad de celebrar y configurar la relación con el garante. Esto explica, por ejemplo, por qué los garantes son típicamente familiares o socios de los deudores o son los accionistas significativos de la sociedad que recibe el préstamo (conocen mejor que el acreedor las posibilidades de que el deudor deje de pagar y aumentan los incentivos de éste para “portarse bien” para no perjudicar su relación con el garante o directamente pueden controlar las decisiones de la sociedad deudora) y por qué los bancos actúan como garantes. Si se recuerda la hipótesis de la “cuenta corriente” que vimos anteriormente, se comprenderá que los bancos están mejor situados para obtener información sobre el deudor y para controlar su conducta cuando éste es un cliente suyo que un tercero normal⁷. Aún más. Si el banco viene manteniendo —como será normal— relaciones con el deudor por él garantizado, el coste marginal de tales tareas de control del comportamiento del deudor será prácticamente nulo para el banco, porque éste tendría que realizarlas en cualquier caso para asegurarse el cumplimiento del deudor en sus relaciones precedentes. De esta forma, si el banco presta garantías a favor de sus clientes, está “rentabilizando” su labor de recolección de información y vigilancia de la solvencia de sus clientes.

La pregunta es, entonces por qué el garante no se convierte directamente en acreedor y presta él mismo al deudor, en lugar de inmiscuir al acreedor. Y la respuesta es que los costes del crédito no son sólo los de vigilancia y control del deudor, sino también los de obtención de los fondos que se prestarán y los de liquidez, por lo que si el acreedor soporta costes de este tipo inferiores a los del garante, lo lógico es que la función de crédito y la de garantía sean realizadas por personas distintas en función de sus costes respectivos. La presencia de un garante permite una asignación eficiente de los costes del préstamo distribuyéndolos entre el acreedor y el garante y atribuyendo a cada uno aquéllos que puede soportar a menor coste. En otros términos, las garantías personales

⁷ KATZ, *U. Chi. L. Rev.*, 66(1999) p 72: el banco puede arruinar la reputación del deudor e impedirle que obtenga más crédito en el futuro.

se explican en términos de *especialización*. “Una garantía... es una transacción crediticia en la que una de las partes —el garante— se especializa en obtener información y en vigilar al deudor (porque tiene una ventaja comparativa en lo que se refiere a los costes de información y vigilancia) y la otra —el acreedor— se especializa en obtener los fondos que se van a prestar”⁸ (porque tiene una ventaja comparativa en el coste de liquidez). Los bancos prestarán garantías en lugar de conceder préstamos cuando, atendiendo a su cartera de activos, sus costes de liquidez sean elevados de forma que el deudor pueda obtener los fondos a menor precio en otro banco⁹ o —añadiríamos nosotros— cuando no se trate de proporcionar medios líquidos al deudor, sino de asegurar su comportamiento en el marco de una relación contractual con un tercero. Por ejemplo, si el banco garantiza a un tercero que un cliente del banco construirá un puente en las fechas y términos pactados con el tercero, el banco está rentabilizando la información sobre el cliente de la que dispone. Sus costes de vigilancia son más bajos que los del tercero-creedor y, por tanto, hay espacio para una transacción mutuamente beneficiosa: el banco —diríamos— “vende” sus “servicios” como vigilante del deudor al acreedor.

Lo anterior no significa que no se constituyan garantías por razones diferentes a su eficiencia. La constitución de garantías puede ser una forma de perjudicar a los demás acreedores del garante. En efecto, cuando una persona da una garantía, está aumentando su propio riesgo de insolvencia y, por tanto, sus acreedores anteriores ven empeorada su posición. También puede empeorar la posición de otros potenciales deudores relativamente —porque mejora la del deudor que puede conseguir que un tercero le afiance— con lo que el mercado puede colapsar en el sentido de que se expulse del mismo a todos los potenciales deudores que no están en condiciones de ofrecer la garantía de un tercero, de forma que acabe desapareciendo el mercado de crédito no garantizado.

2. Accesoriedad y autonomía en las garantías bancarias

Las garantías prestadas por los bancos pueden estudiarse dividiéndolas en dos grandes grupos: las garantías clásicas basadas en el modelo de la fianza (accesoria y subsidiaria) y las garantías modernas basadas en el modelo del aval cambiario (autónomas y generadoras de responsabilidad directa). Deter-

⁸. KATZ, *U. Chi. L. Rev.*, 66(1999) p 76.

⁹. KATZ, *U. Chi. L. Rev.*, 66(1999) p 76

minar si estamos ante una garantía accesoria o autónoma será cuestión de interpretación del contrato¹⁰.

a) La característica esencial de las *garantías clásicas* que se construyen sobre la *fianza* radica en el *nexo de accesoriadad* que une la relación de garantía con la relación garantizada. El fiador se obliga en función de una deuda ajena (art. 1822 CC) y, por consiguiente, su compromiso depende de las circunstancias relacionadas con la deuda ajena que se pretende garantizar. Accesoriedad significa dependencia. Significa, por ejemplo, que si la deuda aumenta (porque se acumulan los intereses, por ejemplo), también aumenta la garantía y que si la deuda no existe, tampoco existe la garantía, de manera que el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que pudiera oponer el propio deudor; si se cede el crédito, se cede la garantía. La accesoriadad es *típica* de la fianza.

b) Al lado de las fianzas se encuentran las *garantías autónomas* que se caracterizan porque la obligación de garantía se independiza o autonomiza de la obligación garantizada. El garante no se obliga como el fiador en función de una deuda ajena *sino de una manera independiente*: garantiza al acreedor que obtendrá un resultado. Así, en las garantías de buena ejecución, por ejemplo, el banco garante asegura al que ha encargado la construcción de una fábrica que el constructor construirá la fábrica en el tiempo y en la forma pactada o que si no, recibirá una cantidad de dinero equivalente a su interés. La obligación de pagar esta cantidad de dinero no depende de que el incumplimiento por parte del constructor sea culpable o no. Basta —para que el banco esté obligado a pagar— que llegue la fecha pactada y la fábrica no esté construida según lo previsto.

¹⁰. Pueden darse los siguientes criterios. El primero es que la utilización de expresiones como "fianza", "aval", "garantía" no es determinante de la presencia de una garantía accesoria en el primer caso y de una garantía independiente en los demás. Sí que resulta importante, sin embargo, el *tenor literal* de la obligación de garantía. El criterio fundamental es que, en principio, la inclusión de una *cláusula de pago a primer requerimiento*, de las que nos ocuparemos ahora, es un *indicio fuerte en favor de la naturaleza autónoma de la garantía*. También tienen este significado las cláusulas —frecuentes en la práctica— que reza "avalamos irrevocablemente" o "avalamos incondicionalmente". Dado que las obligaciones se asumen incondicionalmente, es decir, son puras, si se quiere dar algún significado a estas expresiones debe afirmarse que tratan de poner de manifiesto la inequívoca voluntad del garante de obligarse de una manera autónoma. Como regla de cierre para el caso de *non liquet*, es decir, cuando sea imposible establecer con certeza la naturaleza del contrato hay que inclinarse por su calificación como *fianza*, y no tanto por exigencia del art. 1289 CC como por la tipicidad legal de la fianza.

3. Subsidiariedad. Las garantías “a primera demanda”

Las garantías clásicas son *subsidiarias*. El fiador sólo está obligado a pagar una vez que el acreedor no ha conseguido satisfacer su crédito atacando el patrimonio del deudor (beneficio de excusión art. 1830 CC). Las garantías modernas, en las que se incluye una cláusula de *pago a primera demanda o a primer requerimiento*, se elimina la subsidiariedad. En el *supuesto típico*, Antonio vende a Bernabé unas mercancías (relación de valuta) y pactan que Bernabé pagará en una fecha determinada. En aseguramiento de la obligación de Bernabé, se pacta que el banco Colorado —a instancias de Bernabé— (relación de provisión, *póliza de contragarantía*) prestará, a favor de Antonio (relación de garantía), una “garantía a primera demanda” o “a primer requerimiento”. De acuerdo con ésta, si Bernabé no paga la cantidad pactada en la fecha establecida, inmediatamente, Antonio podrá dirigirse a Colorado para exigirle el pago que deberá pagar *a primera demanda*, esto es, en cuanto se le pida el dinero, sin poder oponer excepción alguna derivada de sus relaciones con Bernabé ni excepción alguna derivada de la relación entre Antonio y Bernabé. Como se ve, el supuesto es idéntico al del crédito documentario que ya hemos examinado.

Su rápida extensión en el tráfico se explica, igualmente, por la ajustada *composición de intereses* que logra trabar. Así, la cláusula a primer requerimiento satisface de manera óptima el interés de todo *beneficiario* de una garantía de tener un acceso rápido y simple al objeto de la garantía. E incluso robustece su propia posición contractual frente al deudor, ya que puede utilizar la garantía para disciplinar al deudor en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso con la amenaza de ejecución de la garantía. Para los bancos prestadores de la garantía, la cláusula de pago a primer requerimiento *simplifica su gestión*, en cuanto se rebajan de manera considerable sus deberes de diligencia al liberarles de comprobar, caso por caso, que la reclamación del beneficiario se ajusta a las previsiones contractuales y no se halla impedida por vicio o vicisitud alguna en la relación garantizada. La cláusula de pago a primer requerimiento releva a los bancos de esa incómoda posición de *tener que ser árbitro en las disputas entre el deudor y el acreedor de la relación de valuta*, de la relación garantizada. Pero también el deudor está interesado en que sea emitida la garantía con la cláusula de pago a primer requerimiento, en cuanto le evita el recurso a otras formas de garantizar su comportamiento frente al acreedor más onerosas para él. Fundamentalmente, como hemos señalado, los depósitos caucionales.

Con una cláusula de pago a primer requerimiento inserta en el contrato de garantía, no es necesario que se haya producido un incumplimiento por parte del deudor de la relación de valuta o relación garantizada para que sea exigible la garantía, puesto que el beneficiario no ha de probar ante el banco el incumplimiento del ordenante sino simplemente ha de reclamar el pago. Se rompe la subsidiariedad de la fianza y el fiador queda obligado *provisionalmente* al pago con la reserva de comprobar en un momento posterior la legitimación material del acreedor en la relación de valuta, en la relación garantizada. En realidad pues, la cláusula de pago a primer requerimiento equivale a la cláusula *solve et repete* (primero paga, después litiga). Simplemente invierte los papeles procesales.

4. Las cartas de patrocinio (*comfort letters*)

Son declaraciones por parte de una sociedad en las que informa a un determinado acreedor o a la generalidad de su relación con otra empresa. Estas declaraciones se emiten con la intención de mover la voluntad del destinatario de la carta para que conceda crédito. Típicamente, el emisor es la sociedad *holding* o matriz de un grupo de sociedades, el destinatario un banco y el beneficiario una sociedad filial del grupo. Por ejemplo, la sociedad X tiene una filial Y. El banco Z concede un crédito a Y y pide a X que le mande una carta de patrocinio en la que X dice que Y es filial suya y que hará todo lo posible porque Y cumpla sus compromisos.

Los elementos claves de estas cartas son, negativamente, que no constituyen, en ningún caso, una asunción expresa de una obligación de garantía por parte del emisor de la carta frente al acreedor por el impago por parte de la sociedad garantizada. Es decir, en nuestro ejemplo, la matriz X no garantiza que su filial Y pagará la deuda al banco Z y no se compromete a pagar a Z si Y no lo hace. Lo que dice es, simplemente, que, como en el ejemplo, procurará que Y pague o que vigilará para que Y sea prudente en su comportamiento de forma que pueda atender al cumplimiento de sus obligaciones o que controla los órganos de decisión de Y; que piensa mantener su participación mayoritaria en Y durante toda la vida del préstamo o que es política de Z mantener la solvencia de sus filiales o, más tímidamente, que sabe que Z ha concedido un préstamo a Y. Positivamente, se caracterizan porque la sociedad matriz promete un comportamiento por su parte que aumenta las posibilidades de que el préstamo sea devuelto a su vencimiento.

VIII. EL PRÉSTAMO

1. Concepto y caracteres

Hay préstamo siempre que una persona —prestamista— entrega dinero a otra con la obligación de ésta —prestatario— de devolver la cantidad entregada aumentada, si así se ha pactado, con los intereses.

Como el préstamo es un contrato *real* (se perfecciona cuando el prestamista entrega el dinero al prestatario) no hay obligaciones a cargo del prestamista —ya ha entregado el dinero—. La obligación fundamental del prestatario es *restituir otro tanto de lo prestado*, por tanto, el capital y, en su caso los intereses, exactamente lo mismo que se le entregó (es decir, si se ha pactado la devolución en moneda específica, la moneda pactada y si no, moneda de curso legal). Rige, pues, el *principio nominalista*, de forma que si la moneda pactada sufre una devaluación, el daño es para el acreedor.

2. Los intereses

Se exige un pacto expreso de las partes para que el prestatario deba *intereses* (en el caso del C de C por escrito), intereses que pueden ser *remuneratorios o moratorios*. Los primeros son los que se devengan en la fase normal de la ejecución del préstamo y como contraprestación por el uso del dinero ajeno. Los segundos se contraen como consecuencia del retraso en el incumplimiento. Los moratorios pueden ser considerados como una cláusula penal.

El tipo de interés puede ser *fijo o variable*. En el ámbito del préstamo a largo plazo es muy frecuente el recurso a un tipo de interés variable. Suma ventajas para ambas partes. El Banco, que se nutre de fondos disponibles a corto plazo tiene así la seguridad de que el rendimiento que obtendrá por su capital corresponderá en cada momento a sus costes de refinanciación. El cliente tiene asegurada así la financiación a largo plazo sin depender de la voluntad de renovación del banco. La finalidad de las cláusulas es, pues, mantener *el equilibrio económico inicial* durante toda la vida del contrato

Además del pago de los intereses, el prestatario ha de dar al dinero el destino pactado o someterse a reglas de comportamiento que impidan un empeoramiento de su solvencia, reglas que pueden ir desde la obligatoriedad de auditarse o la contratación de seguros hasta la de permitir la injerencia del

banco en la administración del patrimonio del prestatario. Este aspecto es especialmente importante. Cuando un prestamista ha de decidir si prestar y a quién prestar, debe evaluar, fundamentalmente, el *riesgo del impago* y las posibilidades de recuperación de la cantidad prestada en caso de impago. Esta evaluación es muy difícil fundamentalmente porque existen *acontecimientos posteriores a la concesión del préstamo* que afectarán a la probabilidad de impago o a las posibilidades de recuperar lo prestado en caso de impago. Estos acontecimientos son de dos clases. En primer lugar, *acontecimientos extraños al deudor* como los cambios en el entorno económico (que la economía o el sector entren en recesión por ejemplo). En segundo lugar, *comportamientos incorrectos del deudor*. Los deudores tienen estímulos para comportarse incorrectamente una vez otorgado el préstamo, adoptando decisiones arriesgadas porque el riesgo de que el proyecto resulte un fracaso se carga sobre el prestamista, mientras que si el proyecto es un éxito, éste no participa del mismo. Es decir, antes de que se hiciera el préstamo, el prestatario asumía los riesgos del fracaso del proyecto mientras que después de la concesión del préstamo, los riesgos (que no los beneficios) los comparte con el prestamista. Así, los prestatarios tienen incentivos, por ejemplo, para *vender activos* o para emprender una *política de inversión de alto riesgo*. El incentivo a invertir en proyectos arriesgados es directamente proporcional a la cuantía del préstamo en relación con la cuantía invertida por el prestatario. En último extremo (cuando el valor de la empresa es igual al préstamo) el prestatario no tiene nada que perder. Además, dado que el valor de un crédito depende, *inter alia*, de la suma de las demás deudas del deudor, cuanto mayor sea el endeudamiento (más antiguo o privilegiado) del mismo deudor, menor el valor del crédito. Un prestatario puede, por tanto, reducir el valor de las deudas existentes endeudándose más y diluyendo los créditos existentes. Por último, si la mayoría de los beneficios resultantes de invertir el crédito van a ir a parar al prestamista, el prestatario puede estar incentivado para no invertir. Estos incentivos perversos se acentúan en el caso de que aparezcan dificultades económicas en la empresa. La tentación de la “huida hacia adelante” se hace irresistible para la empresa endeudada. Que los prestatarios puedan perjudicar con su conducta a los prestamistas no significa que los prestamistas no puedan protegerse. Lo hacen —anticipando tales comportamientos— mediante cláusulas contractuales o mediante un aumento del tipo de interés que les compense por este aumento de los riesgos. Como el prestatario lo sabe, tratará de convencer al prestamista de que no se va a portar mal para que acepte un tipo de interés más bajo. Por ejemplo, aceptará que el prestamista controle su conducta comprometiéndose a enviarle información financiera periódica sobre la marcha de la empresa; estableciendo garantías personales o pactos limitando la discrecionalidad del pres-

tatario, que se obliga a mantener unos niveles determinados de liquidez y solvencia, a no asumir deudas (nuevas) preferenciales respecto a las del préstamo, a no modificar sustancialmente las características de la empresa social (por ejemplo, prohibiendo el reparto de dividendos a los accionistas en tanto no se haya pagado toda la deuda derivada del préstamo o prohibiendo cambios en el consejo de administración o la enajenación de las participaciones en la sociedad prestataria de los socios más significativos). Y sobre todo, permitiendo al prestamista resolver anticipadamente el contrato a la "primera de cambio". Estas cláusulas parecen abusivas, pero no lo son. Precisamente es lo contrario, porque el prestatario obtiene crédito en condiciones más ventajosas como consecuencia de la protección proporcionada al prestamista por estos pactos. La mejor prueba es que este tipo de cláusulas se encuentran en contratos de préstamo de enormes cantidades de dinero donde el prestatario no es un pobre consumidor sino, frecuentemente, una sociedad de mayor tamaño y potencia que el propio banco prestamista

IX. APERTURA DE CRÉDITO

1. Concepto, función económica y naturaleza jurídica

La apertura de crédito constituye una forma de préstamo que sustituye la entrega del dinero por la creación de disponibilidad de manera que el acreditado puede ir utilizando fondos en la medida en que los vaya necesitando y el banco entregándolos en la medida en que se le vayan solicitando. En la voluntad de las partes, pues, la posibilidad de disponer de los fondos debe equipararse en lo posible al préstamo, es decir, lo que las partes pretenden es que la situación que se verifique con la puesta a disposición sea idéntica a la que se verificaría si el comerciante-prestatario tuviese la suma en su poder. El acreditante (banco) se obliga a poner a disposición del acreditado "crédito" hasta una determinada cantidad y bajo determinadas condiciones ("línea de crédito"). La disponibilidad puede ser utilizada no sólo en forma de dinero sino también en forma de descuento de letras o garantías.

En los créditos mediante anticipos o descuentos, el banco suele reservarse el derecho a rechazar las operaciones que le propone el cliente, con lo que se contradice cuanto se acaba de exponer respecto de la relación entre el contrato de apertura de crédito y cada una de las operaciones concretas de disposición de fondos por parte del cliente. Si el banco puede rechazar libremente y el cliente no está obligado a disponer, "el pretendido contrato no generaría obligaciones

para ninguno de los contratantes” y, por tanto, sería correcta la calificación de la apertura de crédito como un contrato preparatorio o meramente preliminar. Sin embargo, si negamos que la decisión del banco —de aceptar o rechazar las operaciones concretas— sea completamente libre, puede mantenerse el carácter definitivo de la apertura de crédito. “Si, como en ocasiones sucede, se especifican en el contrato determinadas causas que justifican la no aceptación de la operación por el Banco es porque se admite que el rechazo no es discrecional”¹¹. En realidad, hay que entender que el banco ha de ejercitar la facultad de rechazo con *arbitrium boni viri*, es decir, ha de justificar razonablemente el rechazo (justa causa, semejante a la requerida para denunciarlo anticipadamente)¹².

Las diferencias entre el préstamo y la apertura de crédito son, pues, las que existen entre dinero en efectivo y el dinero contable¹³. En el caso de que el préstamo se articule en cuenta corriente (sustituyéndose la entrega material del dinero por la puesta a disposición en una cuenta corriente), estas diferencias disminuyen, en cuanto el préstamo deja de expresarse en dinero en efectivo para hacerlo en dinero contable. Pero aún así, cabe afirmar la existencia de diferencias entre préstamo y apertura de crédito. A nuestro juicio, las diferencias pueden explicarse si tenemos en cuenta que *en el préstamo en cuenta corriente el crédito del prestatario está vencido y es exigible desde la celebración del contrato mientras que en la apertura de crédito vence a la presentación de la solicitud por parte del acreditado*. Es decir, un crédito nacido *ex* contrato de apertura de crédito que vence cuando se realiza por parte del acreditado alguno de los actos previstos en el contrato de apertura (presentación de letras al descuento, orden de pago a terceros, emisión de un cheque). Es decir, en la apertura de crédito se produce un vencimiento a la vista. Naturalmente, el cliente-acreditado *no está obligado a utilizar el crédito disponible*.

La primera distinción se realiza entre apertura simple o en cuenta corriente según que se conceda al acreditado el derecho de utilizar el crédito una sola vez aunque con entregas parciales o se le conceda la facultad no sólo de utilizar el crédito en una o varias veces sino de realizar reembolsos, totales o parciales a fin de poder utilizar nuevamente el crédito una vez reintegrado y dentro del límite fijado en el contrato.

El banco tiene derecho al pago de la *comisión de apertura* (art. 277 II C de c). La comisión es la contraprestación por la puesta a disposición del crédito,

¹¹. RECALDE, CDC 27(1998) p 79.

¹². RECALDE CDC 27(1998) p 80.

¹³. V. SIMITIS, *AcP* 159 (1960) p 433 ss.

de forma que no es necesario para su devengo el que el cliente haga uso efectivo del crédito, por lo que incluso aunque el contrato se resuelva, el banco tiene derecho a retener dicha comisión.

2. Terminación del contrato

Normalmente se pacta la duración de la apertura, de forma que el contrato se extingue por la llegada del plazo y surge para el acreditado la obligación de restituir el capital más los intereses devengados hasta ese momento. Rigen las reglas generales sobre la *denuncia*. Conviene realizar separadamente el examen de la denuncia ordinaria y extraordinaria. La *denuncia extraordinaria*, en los contratos unilaterales como el préstamo y la apertura de crédito tiene como efecto básicamente el vencimiento anticipado y exige la concurrencia de una justa causa (por falta de pago de las comisiones, p. ej., por suspensión de pagos o quiebra del acreditado, por no proporcionar (o reintegrar) garantías prometidas, por destinar los fondos a fines diferentes de los pactados, en caso de crédito de financiación etc. La *denuncia ordinaria* sin alegar causa (*ad nutum*), admisible en las aperturas por tiempo indeterminado, exige, en primer lugar, un plazo de preaviso para la restitución de los fondos de los que se ha dispuesto. Dicho plazo viene establecido en el art. 313 C de c en un mes desde "la fecha del requerimiento notarial" de pago.

Al margen del preaviso, la denuncia puede ser contraria a la buena fe por otros motivos¹⁴. Básicamente será abusiva la denuncia cuando exista una gran desproporción entre las ventajas derivadas de ella para el banco y los perjuicios resultantes para el cliente. Por ejemplo, cuando el banco dispone de garantías suficientes sobre su crédito y la desaparición de la financiación pueda provocar la quiebra de una empresa en dificultades *superables*, o cuando de la denuncia no se deduce ventaja alguna para el banco porque no hay bienes en el patrimonio del deudor que permitan la ejecución.

X. LA FINANCIACIÓN DE PROYECTOS

Cuando la financiación de un proyecto empresarial tiene un origen bancario, la forma suele ser la de *project finance*, es decir, la concesión de un crédito sindicado de varios bancos a la empresa de nueva creación (por ej. a la socie-

¹⁴ K.W. CANARIS, "Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden", ZHR, 143 (1979) pp 113-138 p 128 ss.

dad anónima titular de un parque de atracciones). Los bancos confían en que el proyecto generará los recursos suficientes como para cubrir la devolución del crédito y los accionistas principales de la sociedad titular del proyecto garantizan con conjuntos patrimoniales determinados, la devolución. Lo más característico de este tipo de contratos consiste en los amplios derechos para inmiscuirse en la empresa financiada que los mismos otorgan a los bancos acreedores. La razón es simple de explicar. Este tipo de préstamos implican un elevado nivel de endeudamiento de la empresa-proyecto. Con tan elevado nivel de endeudamiento y dado que, normalmente, los accionistas no responden con todo su patrimonio si el proyecto fracasa (responsabilidad limitada), el riesgo de fracaso recae sobre los acreedores (mientras que el “riesgo de que triunfe” el proyecto “recae” sobre los accionistas que verán muy aumentado el valor de sus acciones en la empresa-proyecto). De ahí que los acreedores estén muy interesados en controlar totalmente el proyecto y vigilar el comportamiento de los accionistas principales. Así, en este tipo de contratos, son habituales las cláusulas que imponen la obligación de facilitar a los bancos información minuciosa y constante sobre la evolución de la empresa; que someten al consentimiento de los acreedores cualquier cambio sustancial en la gestión o dirección de la empresa-proyecto; que impiden a los accionistas obtener rendimiento alguno de la empresa-proyecto en tanto no estén pagados los créditos de financiación; que limitan la libertad de entrada o salida de los socios en la empresa sin consentimiento de los acreedores; que convierten todos los activos de la empresa-proyecto y las acciones de los socios principales en garantía especialmente afectada a la devolución de los préstamos.

Todas estas cláusulas no son, como podría suponerse a primera vista, abusivas. No parece razonable pensar que una gran empresa constructora o petrolera acepte la imposición de cláusulas abusivas por parte de otra empresa —banco— que es, en la mayoría de los casos, de menor tamaño y reputación. Las cláusulas son perfectamente razonables si recordamos que, como hemos señalado, el riesgo del fracaso del proyecto pesa sobre los acreedores. Por tanto, bien puede decirse que, en términos económicos, *durante la fase de lanzamiento de la empresa proyectada, la empresa “es” de los acreedores*. Así las cosas, las cláusulas citadas no son sino “elementos naturales del contrato”. Si los bancos corren con el riesgo de quiebra, es lógico que se reserven la última palabra en todas las decisiones importantes aunque la gestión ordinaria esté en manos de quienes son especialistas en ello (los accionistas iniciadores del proyecto).

Como puede suponerse, los *project finance* sólo se llegan a producir cuando las empresas que pretenden desarrollarlo gozan de reputación y capa-

cidad de endeudamiento en el mercado, es decir, se recurre a este tipo de financiación cuando una o varias empresas asentadas deciden llevar a cabo un proyecto de inversión nuevo. Cuando, por el contrario, se trata de financiar un proyecto que procede de un “emprendedor nuevo”, la financiación bancaria está rara vez disponible. Para proyectos nuevos y arriesgados, los recursos necesarios no proceden de un grupo de bancos, sino del mercado de capitales. La forma más frecuente es, entonces, la del *capital-riesgo* o *venture capital*.

XI. EL FACTORING Y EL DESCUENTO

1. Concepto y función económica

En virtud del *factoring*, una parte —a la que llamamos factor— *adquiere* los créditos todavía no exigibles que la otra parte —a la que denominamos empresa— ostenta frente a su clientela, desarrollando respecto de los mismos tres funciones básicas.

a) Una función de *seguro o de garantía*. El factor adquiere el crédito liberando así a la empresa del riesgo de insolvencia del deudor cedido. Por medio del factoring se consigue pues un objetivo típico del contrato de seguro: transferir un riesgo —en este caso el riesgo de insolvencia de deudores— a quien está en mejores condiciones de “dominarlo” (preverlo y repartirlo). Varias son en este sentido las cautelas que se adoptan en los formularios contractuales: La primera y más importante viene dada por el *requisito de aprobación*. El factor no adquiere automáticamente todos los créditos (con sus consiguientes riesgos) que vaya generando la empresa en el desarrollo de su actividad, sino tan sólo aquellos que, tras un examen previo estime dignos de confianza y que por tanto, decida aprobar. El factor se asegura igualmente de que le serán transmitidos *todos* los créditos que genere la empresa en el curso de su actividad creando así las condiciones para que, de acuerdo con la ley de los grandes números el riesgo pueda ser fraccionado y convenientemente distribuido impidiendo a la vez que la empresa transfiera al factor los créditos dudosos y se reserve los “buenos” (*cláusula de globalidad*).

b) La segunda función es *administrativa o de prestación de servicios*. El factor clasifica, contabiliza y adopta todas las medidas que sean precisas para gestionar el cobro de los créditos que adquiere, liberando con ello a la empresa de la carga de administrar su cartera de créditos. La empresa, en lugar de llevar las cuentas de todos y cada uno de sus clientes, le basta con llevar la cuenta del

factor. El núcleo de la actividad administrativa del factor reside, sin embargo, en la *gestión de cobro de los créditos* que va "adquiriendo". El factor se encarga de requerir al deudor y de cumplimentar las cargas que sean precisas para obtener el pago; de liquidar las cuentas; y, en el caso de que el obligado no se avenga voluntariamente a satisfacer la prestación debida, de adoptar todas las medidas judiciales y extrajudiciales que sean menester para saldar la deuda.

c) El factor anticipa o puede anticipar a la empresa el importe —total o parcial— de los créditos adquiridos, subviniendo con ello a sus necesidades de liquidez (*función financiera*).

2. Articulación jurídica

La función de garantía se articula en torno a la *cesión de créditos* según el esquema negocial de la *compraventa*; la función de cobro se articula a través de una cesión fiduciaria según el modelo de la *comisión de cobranza* y la función financiera se vertebra, según los casos, por una *compraventa de créditos* al contado o por un *préstamo acompañado de una cesión fiduciaria en garantía*; y finalmente la función de pago se organiza sobre la base de un mandato de pago y eventualmente de una apertura de crédito impropia.

a) El empresario "vende" sus créditos al factor mediante su *cesión*. Cesión que puede —y debería— ser una *cesión global anticipada*, es decir, los créditos se ceden directamente al factor con la suscripción del contrato de factoring, de tal suerte que apenas hayan surgido, se transfieren automáticamente a su patrimonio. Por ejemplo, si el Empresario celebra el contrato de factoring el 2 de enero, y vende unas mercancías a un cliente el 6 de marzo, el crédito del empresario contra dicho cliente "nace" ya en el patrimonio del factor. La cesión anticipada de créditos futuros es perfectamente lícita (v., Disp. Adic. 3ª de la ley 1/999).

Teniendo en cuenta que la finalidad del factoring es la asunción por parte del factor del riesgo de insolvencia del deudor cedido, y teniendo en cuenta también que esa finalidad se instrumenta cambiando *definitivamente* (es decir sin cláusula salvo buen fin) un bien —el crédito— por un precio, no queda más remedio que calificar jurídicamente la operación como una *compraventa* (intercambio definitivo). Por ello, en la cesión de créditos *aprobados* en la medida en que se instrumenta un intercambio definitivo de valores por dinero, tiene por negocio subyacente un contrato de compraventa. Se explica así *cómo*

se calcula el precio del crédito (descontando del valor nominal una comisión para retribuir el servicio de gestión y el servicio de seguridad y *como se reglamenta la obligación de su pago* (diferiendo en el tiempo su exigibilidad).

La cesión es efectiva sin necesidad ni del consentimiento ni del conocimiento del deudor cedido. Naturalmente, si el deudor, ignorante de la cesión, paga al empresario (acreedor cedente), quedará liberado también frente al factor. Por último, los créditos "salen" del patrimonio del empresario por lo que sus acreedores no podrán pretender —frente al factor— cobrarse sus deudas con ellos.

b) De acuerdo con las previsiones contractuales, a medida que los créditos van surgiendo, el factor los va adquiriendo con la obligación de satisfacer el precio de cada uno de ellos. Así las cosas, si por cada crédito que adquiere —y los adquiere todos— hubiese de satisfacer un precio, es obvio que cargaría sobre sus espaldas con el riesgo de insolvencia de todos los deudores de su contraparte. Su posición quedaría gravemente comprometida, abandonada a la arbitrariedad de la empresa, la cual, no soportando riesgo alguno se sentiría incentivada a aumentar su volumen de negocios vendiendo sus productos o prestando sus servicios a deudores de escasa solvencia. Esta circunstancia explica por qué todos los contratos de factoring reservan al factor el derecho a examinar el crédito que recibe y, en su caso, si el deudor no reúne ciertas condiciones de solidez financiera, el derecho a rechazarlo (*arbitrium boni viri*). Cuando el factor rechaza un crédito, decae su obligación de pagar el precio. El factor entonces se limita a *gestionar el cobro del crédito* y habrá que entender que la cesión del crédito por el empresario al factor, en estos casos, será una simple *cesión en comisión de cobranza*, de forma que el crédito sigue siendo de titularidad del empresario. La cesión no tiene más finalidad que legitimar al factor frente a terceros y específicamente frente al deudor para reclamar el importe del crédito y ejercitar contra él cuantas acciones sean necesarias o útiles al interés del cedente.

c) El pago del "anticipo" en el caso de los créditos aprobados se considera efectuado como pago del precio de la compraventa. Se trata, por tanto de un pago al contado en contra de la regla general en el factoring de pago diferido o aplazado hasta el cobro del crédito por el factor. El precio en estos casos es, lógicamente, menor que el del crédito (que como vimos no es el nominal, sino éste reducido con la comisión que recibe el factor), como también es menor el precio de una cosa corporal cuando se paga al contado en lugar de hacerse a plazo y se calcula económicamente de manera similar al "descuento" deduciendo del precio normal una cantidad en concepto de intereses. Cuando el anticipo se efectúa sobre el valor de créditos no aprobados, la naturaleza jurí-

dica de la operación muda radicalmente. Entonces sí, nadie lo pone en duda, nos encontramos en presencia de un préstamo garantizado por el crédito cedido. Es decir, estamos ante una *cesión del crédito en prenda*: el empresario cede al factor el crédito de forma que si, llegado el vencimiento, el factor no recupera el anticipo prestado y los intereses, el factor podrá cobrarse mediante el objeto dado en prenda, esto es, cobrando el crédito directamente al deudor.

El legislador ha protegido al factor en estos casos frente al riesgo de quiebra del cedente ya que ordena expresamente (regla 3 y 4 Disp. Ad. 3ª Ley 1/99) que si el factor ha abonado al cedente, en todo o en parte el importe del crédito antes de su vencimiento, la retroacción de la quiebra no afectará a la cesión (y, por tanto, la constitución de la prenda del crédito no se verá afectada por la nulidad consecuencia de la retroacción).

3. El descuento

Es el contrato por el cual, el Banco (descontatario), previa deducción del interés, anticipa al cliente (descontante) el importe de un crédito frente a un tercero, todavía no vencido, mediante la cesión, salvo buen fin, del crédito.

La naturaleza jurídica del descuento es discutida. Se discute si se trata de una cesión de créditos con causa de compraventa (el descontante "vende" el crédito al banco) o de una cesión con causa de garantía (el banco presta dinero al cliente y éste le da el crédito en garantía-prenda). La discusión existe porque el banco adquiere el crédito "salvo buen fin", es decir, con la garantía de que si el deudor cedido no paga, podrá el banco dirigirse contra el descontante para recuperar la cantidad anticipada más los intereses más los gastos. Dado que el banco no asume el riesgo de la insolvencia del deudor cedido, sino la del descontante, parece preferible la segunda explicación: el descuento es un contrato de préstamo con garantía consistente en la cesión de un crédito, al que se añade un mandato o comisión de cobro por la que el banco se obliga a cobrar el crédito y a obtener la restitución de lo adeudado por el descontante por esa vía.

XII. EL LEASING O ARRENDAMIENTO FINANCIERO

1. Concepto y articulación

Se trata de un contrato por el que la sociedad de leasing se obliga a financiar la posibilidad de utilización de un objeto por un empresario (usuario)

comprándolo al suministrador según las instrucciones de éste y transfiriéndolo directamente al usuario contra el pago de cantidades periódicas calculadas en relación con los costes de adquisición, previéndose, para el término del período pactado una opción de compra a favor del usuario (v. disp. ad. 7 LDIEC). Aparte de sus ventajas fiscales (posibilidad de amortización más ventajosa para el usuario, deducción íntegra de las cuotas), el leasing permite a las empresas financiar al 100% la adquisición de bienes de equipo, sin quedar ligados a dichos bienes cuando éstos quedan anticuados rápidamente. Para los financiadores el leasing presenta la garantía adicional —frente al préstamo— de los bienes adquiridos en leasing a lo que se añade que el rendimiento de los bienes por parte del usuario facilitarán el pago de las cuotas. La financiación vía leasing es, normalmente más cara que la realizada vía préstamo, de ahí, que la primera generación de leasing, llamados *de amortización total* (las cuotas cubren la totalidad de la inversión de la s. de leasing) vaya siendo sustituida por los leasing de *amortización parcial*, en la que las cuotas cubren sólo una parte de la inversión de la s. de leasing recuperando ésta el resto mediante la realización del valor del bien al término del leasing (enajenándolo al usuario o a un tercero o dándolo de nuevo en leasing). En ambos casos, la s. de leasing desincentiva la devolución del bien —porque su interés es sobre todo financiero— estableciendo un precio de opción de compra muy por debajo del valor real del bien. Dicho precio es casi simbólico en el leasing de amortización total —inferior a una cuota mensual— y relativamente importante en el leasing de amortización parcial.

Las *operaciones de leasing* se inician normalmente por la decisión por parte del futuro usuario de adquirir (en sentido económico) la cosa (normalmente maquinaria o en general bienes de equipo). Para ello entra en contacto con un distribuidor del bien y pacta las condiciones de compra. A continuación se dirige a la sociedad de leasing con la cual celebrará el contrato de leasing. Esta adquiere entonces el bien en las condiciones previstas por el usuario (v. disp. ad. 7^a LDIEC). Por lo tanto, y como ha explicado el Tribunal Supremo en la sentencia de 26.2.96, AC 1996-1 n^o 388. “el llamado contrato de leasing o arrendamiento financiero... no se configura como un solo negocio jurídico con intervención de tres partes contratantes, sino que se articula a través de dos contratos, netamente diferenciados aunque conexados y dependientes entre sí...: un contrato de compraventa por el que la sociedad de leasing adquiere del proveedor los bienes previamente seleccionados por el usuario y un arrendamiento... financiero...”

La sociedad de leasing, *libera al usuario de la financiación de su decisión de invertir*. La sociedad de leasing tiene interés *en la cosa como objeto*

valioso, porque le sirve de garantía y porque al final del contrato cubrirá con ella el resto de su inversión, de ahí que al adquirir el bien “en interés” del usuario, también actúe en interés propio y, por lo tanto, que la propiedad que se reserva la sociedad de leasing sea propiedad en sentido estricto y no prenda o cualquier otra forma de garantía (salvo para el caso de los leasing de amortización total).

2. Naturaleza jurídica

El leasing *no es un arrendamiento*. La función económica (causa) del arrendamiento es la explotación indirecta de un bien mediante la cesión temporal del mismo (cesión del uso de una cosa durante un período de tiempo a cambio del pago de un precio). El arrendador debe *garantizar* al arrendatario que podrá extraer los beneficios de la explotación del mismo, en otro caso, el arrendatario no tiene que pagar la renta. Los riesgos de pérdida o destrucción de la cosa corren a cargo del arrendador. Por tanto, está en la base de la regulación del arrendamiento *la preexistencia de la cosa en el patrimonio del arrendador* (Flume). En el leasing, la sociedad de leasing carece de interés en la cosa. Adquiere la que el usuario desea y a quien el usuario ha dicho: *financia una decisión de inversión del usuario*. Por ello, *no asume ninguna obligación de garantizar el uso* de la cosa durante la duración del contrato. Además, en el arrendamiento *no hay relación entre el plazo de duración del contrato y el de la vida útil del objeto*: lo normal es que la cosa conserve gran parte de su valor al término del contrato, mientras que en el leasing, la relación entre duración del contrato y vida útil del objeto es querida por las partes y el objeto, al final, sólo tiene un *valor residual*. Por ello, los pagos que debe el usuario se calculan según el coste de adquisición: la sociedad de leasing ha de poder amortizar completamente su inversión, las cuotas pagadas por el usuario a la sociedad de leasing constituyen la restitución de la inversión de ahí que no se paguen *pro usu rei* sino *pro re* (Flume, v. TS 10.4.81). Tampoco debe equipararse con la *venta a plazos*. La función de la sociedad de leasing no es la de *distribución de bienes* sino la de *financiación*: en el leasing no es el vendedor el que retiene la propiedad del bien hasta el pago total, sino el *financiador* (sociedad de leasing). Si no se quiere huir a la figura del contrato *sui generis* (TS 10.4.81), el leasing financiero ha de calificarse como un *contrato de préstamo en el que, además, hay una comisión* porque la sociedad de leasing compra el bien “por encargo” del usuario. Así se explica que las cuotas que paga el usuario a la sociedad de leasing cubran *todos los costes* que ha sufrido ésta (el precio de la cosa, más los intereses).

3. Relaciones entre la sociedad de leasing y el usuario

De la exposición anterior puede deducirse que *los riesgos relativos al objeto* (que el suministrador no entregue la maquinaria, que la maquinaria sea defectuosa, que haya que repararla, que se destruya por un incendio, etc) *los soporta el usuario*. Los *riesgos relativos al crédito* (la insolvencia del usuario, o la posibilidad de obtener el valor residual del objeto enajenándolo al final del período de duración del leasing) *los soporta la sociedad de leasing*. Recordemos, además, que la sociedad de leasing se obliga frente al usuario a celebrar el contrato de compraventa con el suministrador en las condiciones pactadas por el usuario y a pagar al suministrador el precio de la cosa siguiendo sus instrucciones y protegiendo sus intereses. En la práctica, la *entrega* suele hacerse directamente al usuario por el vendedor (probándose mediante el “certificado de entrega”). En caso de falta o retraso en la entrega, el usuario puede dirigirse (no contra la s. de leasing sino) contra el vendedor.

Si es el usuario el que ha elegido al fabricante, la actuación de la sociedad de leasing se limita, lógicamente a la celebración del contrato: no debe colocarse al usuario mejor que si hubiera adquirido la cosa recurriendo al préstamo, supuesto en el que tendría que pechar con el riesgo de falta de entrega de la cosa por el vendedor. Para garantizar los derechos legítimos del usuario basta con afirmar que la sociedad de leasing *debe atender a las instrucciones del usuario en lo relativo al pago del precio*, (arts. 254 C de C). La sociedad de leasing sólo responderá si empeora la situación del usuario abonando el precio contra sus instrucciones (no podrá reclamar de éste el reembolso en caso de falta de entrega del bien). En caso de que la entrega no llegue a producirse, el usuario podrá *resolver el contrato de leasing* indemnizando a la s. de leasing los gastos en que ésta haya incurrido (arts. 278 C de C y 1728 CC y convenio UNIDROIT, art. 12).

Tras la entrega de la cosa, los riesgos de pérdida o destrucción fortuita de la misma recaen sobre el usuario lo que significa que viene obligado a seguir pagando las cuotas, pero podrá resolver (por frustración del fin del contrato) abonando el precio total del bien, más los gastos etc. con la consiguiente reducción de intereses por pago anticipado. Si la cosa estaba asegurada deberá aplicarse la indemnización a dicho pago o a la reposición del bien.

La s. de leasing se exime de cualquier responsabilidad por *vicios de la cosa* objeto del contrato remitiendo al usuario al vendedor para lo cual le cede las acciones que a la sociedad de leasing como comprador le corresponden

(actuación en nombre propio o por poder, subrogación). La situación de intereses de las partes justifica esta regulación puesto que la sociedad de leasing adquiere la cosa que le ha dicho el usuario y en las condiciones pactadas por éste con el vendedor, sin entrar en contacto con la cosa. Es el usuario quien (tiene la capacidad técnica y) puede apreciar la existencia de vicios o defectos y la idoneidad de la cosa para la finalidad perseguida. El usuario habrá de demandar conjuntamente al suministrador y a la sociedad de leasing si pretende, además, resolver el contrato de leasing.

En caso de que se llegue a la resolución de la compraventa, el precio y la indemnización a cargo del vendedor pasarán a la sociedad de leasing y el usuario podrá resolver el contrato de leasing aplicándose en la liquidación las cantidades entregadas a la sociedad de leasing por el vendedor a la deuda del usuario frente a la sociedad de leasing. Esta solución se justifica, en contra de las condiciones generales más al uso, por cuanto la pérdida del bien objeto de leasing frustra el fin del contrato de financiación en cuanto ya no es posible proporcionar al usuario la posibilidad de explotación económica del bien. No es razonable exigir al usuario que siga pagando sin poder usar la cosa y a la sociedad de leasing que todo siga igual si la propiedad de la cosa (que ha tenido que ser devuelta al vendedor) ya no le sirve como garantía del pago de los plazos. El usuario, que habrá de pagar a la sociedad de leasing todos los plazos, más los gastos, más la ganancia descontándose los intereses correspondientes por el pago anticipado.

4. Obligaciones del usuario

La obligación fundamental del usuario es el pago de las cuotas pactadas. En caso de retraso en el pago la sociedad de leasing puede resolver el contrato de leasing. Además, y como prestamista puede exigir la devolución del principal y de los intereses (plazos no vencidos). Ahora bien, tiene que descontar los intereses que se deban por el aplazamiento en cuanto que va a cobrar inmediatamente y la diferencia de valor de la cosa en el momento de la resolución y el valor previsto para el momento de finalización del contrato. En definitiva, el usuario ha de poner a la sociedad de leasing en la "situación en la que se hubiera encontrado si el usuario hubiera cumplido el contrato de leasing de conformidad con sus términos" (art. 13.2 Convenio UNIDROIT). Si de las cláusulas del contrato se deducen obligaciones de mayor cuantía para el usuario incumplidor, deberán reputarse como cláusulas penales.

Llegado el término pactado (no inferior a dos años —disp. ad. 7 LDIEC—), el usuario puede optar entre adquirir el bien por su valor residual, celebrar un nuevo contrato de leasing o bien, devolverlo a la sociedad de leasing quien —si se trata de un leasing de amortización parcial— asume así el riesgo de recuperar el resto de su inversión mediante la realización del valor del objeto.

5. Embargo, suspensión de pagos y quiebra

En caso de embargo realizado por acreedores del usuario, o en caso de quiebra o suspensión de pagos del usuario, la sociedad de leasing —como verdadera propietaria del bien objeto de leasing si es de amortización parcial— puede ejercitar la correspondiente tercería de dominio. Si el leasing lo es de amortización total, la compra del objeto es la única alternativa razonable al término del leasing para el usuario, por lo que debe entenderse que la propiedad de la sociedad de leasing tiene únicamente función de *garantía*, por lo que ha de calificarse de *prenda sin desplazamiento*, lo que obliga a negar la tercería si el contrato de leasing no ha quedado inscrito en el Registro de Bienes Muebles. En caso de suspensión de pagos o de quiebra, la sociedad de leasing no tiene por qué sumarse a los demás acreedores del deudor suspenso o quebrado, pudiendo retirar el bien como propio.

XIII. EL CRÉDITO AL CONSUMO

1. El problema

Cuando un consumidor adquiere un bien (una lavadora o un coche) y el pago del precio se aplaza, (adquisiciones financiadas) se plantean problemas a los consumidores como consecuencia, fundamentalmente, de que una operación concebida unitariamente por el consumidor puede quedar articulada, según los casos, bien a través de un único contrato, bien a través de dos contratos netamente diferenciados y en este supuesto, bien a través de una relación bilateral (cuando el contrato de financiación se celebra también con el vendedor) o bien a través de una relación trilateral (cuando el contrato de financiación se celebra con una entidad distinta del vendedor o suministrador del bien o servicio).

Esta pluralidad de articulaciones jurídicas determina un régimen jurídico diferente, en cada caso, *respecto a las consecuencias que hayan de desplegar*

las vicisitudes sufridas por uno de los contratos en los demás contratos. Para la exposición de esta complicada materia, ordenaremos los supuestos en función de dicha relación.

a) El supuesto más sencillo es el que podríamos denominar de *separación causal* entre el contrato de consumo y el de financiación. Tal ocurre cuando la financiación no queda "incorporada" en modo alguno a la adquisición. El consumidor obtiene, independientemente de su relación con el suministrador del bien, los fondos necesarios para el pago del precio mediante el correspondiente contrato con una entidad financiera. El régimen jurídico de tales operaciones es el siguiente: El consumidor no podrá alegar los vicios o vicisitudes en la relación causal —contrato de compraventa— en su relación con el financiador. Este podría oponer, frente a tales alegaciones, que la relación de compraventa es, para él, *res inter alios acta*. Por tanto, si la cosa comprada no es entregada, o presenta vicios ocultos etc, el consumidor sólo tendrá acción contra el vendedor, en ningún caso, contra el financiador. Este mismo régimen no se ve modificado por el hecho de que el consumidor comunique a la entidad financiera el destino del crédito (lo que es un requisito totalmente extendido en la práctica bancaria). Es el cliente el que selecciona al vendedor, el que decide el destino de los fondos y no puede desplazar sobre el banco ningún riesgo de los relativos a la relación de compraventa. Esta consecuencia es independiente de que se hayan utilizado o no letras de cambio o pagarés para incorporar el crédito correspondiente. De acuerdo con las reglas generales, en caso de *cesión del crédito* por parte del prestamista a un tercero, el consumidor podrá oponer al tercero todas las excepciones que tuviera contra el acreedor original.

b) También resulta sencillo el supuesto que podríamos denominar de *unidad causal* entre contrato de financiación y contrato de adquisición, es decir, aquél en el que ambos contratos se celebran conjuntamente entre vendedor y consumidor o, con otras palabras, aquél en el que *vendedor y financiador son la misma persona*. El régimen jurídico es, en tal caso, el siguiente: si el vendedor cede el crédito a un tercero, el consumidor podrá oponer al adquirente del crédito las mismas excepciones que podía haber opuesto al vendedor y financiador. En particular, si el contrato de financiación no llega a ejecutarse, podrá rechazar el cumplimiento del contrato de adquisición; podrá negarse a recibir la financiación si la adquisición no tiene lugar etc. Los problemas más complicados en este supuesto surgen cuando, habiéndose documentado el crédito del financiador en títulos-valor, éstos son transmitidos a terceros por el financiador/vendedor. La cuestión es, entonces, determinar la oponibilidad de excepciones derivadas del contrato de adquisición o de pactos particulares entre vendedor y consumidor al tercero adquirente de dichos títulos. Dado que des-

aparece la identidad entre vendedor y financiador, por lo que lo examinaremos inmediatamente en el marco de los casos de vinculación entre contrato de adquisición y de financiación.

c) Los supuestos más complejos son los que, podríamos denominar, siguiendo la terminología legal, de *vinculación entre el contrato de financiación y el contrato de adquisición* del bien o servicio, es decir, aquellos en los que al realizarse el contrato de adquisición se prevé ya desde la celebración la inmiscusión de un financiador existiendo una *colaboración planificada* entre suministrador y financiador. La diferencia con el grupo de casos *sub a)* estriba en que en los casos de colaboración planificada la conexión entre contrato de financiación y contrato de adquisición es *querida por ambas partes* y, en esa medida, "causalizada", por lo que las vicisitudes de uno de los contratos no pueden dejar de afectar al otro. En cuanto al grupo *sub b)* la diferencia se encuentra en que en el caso de colaboración planificada estamos ante una relación *trilateral* y no *bilateral*, lo que es relevante para la aplicación de la regla *res inter alios acta*. La idea directriz en estos casos es que el prestamista se "inmiscuye" en la adquisición y asume libremente el riesgo de un comportamiento desleal o del incumplimiento por parte del proveedor. Dado que financiador y vendedor se han "elegido" recíprocamente y que el financiador se sirve del vendedor para "vender" sus créditos, es razonable exigir al primero que compruebe las cualidades del segundo y, por tanto, tenga que asumir las consecuencias del comportamiento frente al cliente. Estamos ante negocios vinculados, sin lugar a dudas, en los casos en los que proveedor y financiador formen parte de un mismo grupo de empresas; los supuestos en los que financiador y proveedor están ligados por contratos de distribución como sucede típicamente entre las sociedades de financiación de los fabricantes de automóviles y los concesionarios de los mismos fabricantes (SEAT-Fiseat etc) y los casos en los que el acuerdo entre proveedor y financiador prevé expresamente que el primero ofrezca a los consumidores la posibilidad de financiar la adquisición con un acreditante concreto, es decir, todos aquellos casos en los que el proveedor actúa en un sentido amplio, como agente del prestamista. La protección del comprador/prestatario en los casos de adquisiciones vinculadas se articula estableciendo que, en estos casos, el consumidor podrá oponer al financiador las excepciones que tuviera contra el vendedor. El régimen jurídico es idéntico con independencia de que se hayan utilizado *letras de cambio o pagarés o cheques*. En efecto, la incorporación a un documento cambiario del crédito de financiación no altera la oponibilidad de excepciones causales (que el aceptante —consumidor— tuviera contra el librador —proveedor—) frente al tomador (financiador). A esta solución se llega, en efecto, con los

arts. 19 y 67 LCCh, admitiendo la existencia en tales casos de una *excepción de tráfico*, es decir, negando el carácter de tercero cambiario del financiador. Tal excepción se formula afirmando que el financiador no es un tercero cambiario en el sentido de los preceptos citados por su inmiscusión deliberada y planificada en la operación de adquisición.

La ley no regula, sin embargo, los supuestos de utilización de letras de cambio en los casos que hemos denominado de unidad causal. El proveedor (que actúa simultáneamente como financiador) puede exigir al consumidor la suscripción de letras y, con posterioridad, endosarlas a un tercero completamente ajeno a la relación (v., lección). En este supuesto, de acuerdo con los artículos 19 y 67 LCCh, el consumidor no podrá oponer a este tercero excepciones basadas en el contrato causal. La solución más simple pasa por exigir que el proveedor utilice letras no endosables o prohibir la utilización de letras con consumidores. Ninguna de ambas soluciones ha sido incorporada a la legislación española. La solución del legislador alemán ha consistido en prohibir la utilización, pero estableciendo que el incumplimiento de esta prohibición no genera la nulidad de la letra, sino únicamente la nulidad del contrato de entrega correspondiente por contrario a la ley de forma que las consecuencias son que, si el tercero adquirente de la letra es de buena fe, el consumidor no le podrá oponer la excepción de nulidad del contrato de entrega, que es una excepción de validez oponible sólo *inter partes* y frente a terceros que hubieran actuado de mala fe o con culpa grave (es decir, que conocieran la existencia de la excepción o que hubieran debido conocerla desplegando la diligencia ordinaria. En otros términos, será oponible a terceros financiadores que conocieran o hubieran debido conocer que el aceptante de la letra que han adquirido era un consumidor), con lo que el consumidor queda protegido en todos los casos en los que exista una colaboración continuada entre el vendedor y el endosatario, porque no es creíble que si dicha colaboración existía, el endosatario afirme que ignoraba que las letras fueron firmadas para financiar una operación de consumo. Pero el legislador español no ha imitado al legislador alemán, por lo que hay que afirmar que la ley española de crédito al consumo, incumple en este punto la directiva en cuanto no ofrece protección adecuada a los consumidores cuando usan letras de cambio.

BIBLIOGRAFÍA: J. ALFARO AGUILA-REAL, *Préstamo mercantil*. *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid 1995, pp pp 5036-5040; Idem, "Contrato bancario" *ibidem* I, p 1558-1561; *Leasing*, pp 3915-392042; *Apertura de crédito*. tomo I, pp 495-500; *Transferencia bancaria*. tomo IV, pp 6619-6623; *Cuenta corriente bancaria*. tomo I pp 1833-1838 J. ALFARO AGUILA-REAL "Observaciones sobre la transferencia bancaria", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1995 n° 17 pp 33-62. J. ALFARO AGUILA-REAL "Observaciones críticas al Proyecto de ley de crédito al consumo", RDBB n° 56 año XIII,

octubre-diciembre 1994, pp 1031-1053; J. GIRON TENA, "Contribución al estudio de la transferencia bancaria" *Estudios de Derecho Mercantil*, Valladolid, 1946 pp 401 ss; L. ROJO AJURIA, *La compensación como garantía*, Madrid, 1992 K. W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, 3ª ed, I Berlin-N.York 1989; G. SANTINI, *Il Bancogiro*, 2ª edición, Bolonia 1950 J.L. DE CASTRO, *Las cartas de patrocio*, Madrid 1996 J. BISBAL/J.O. LLEBOT, Voz "Bancos privados", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid 1995, I, p 758 ss; D.R. FISCHER/A.M. ROSENFELD/R. S. STILLMAN "The Regulation of Banks and Bank Holding Companies", *Virginia L. Rev.* 73(1987) p 301 ss p 306; J GUAL/X. VIVES, "La desregulación de los sistemas bancarios europeos durante los años ochenta", en *Ensayos sobre el sector bancario español*, Madrid 1992; V. F. HÄUSER, "Giroverhältnis", en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, tomo II, Colonia, 1981 pp 1317 ss. pp 1326-27.J.O. LLEBOT MAJO, *Grupos de Entidades de Crédito*, Madrid 1993; J.R. MACEY/G.P. MILLER, "Bank Failures, Risk Monitoring, and the Market for Bank Control", *Columbia L. Rev.*, 88(1988) p 1153 ss; J.R. MACEY/G.P. MILLER, "Bank Failure: The Politicization of a Social Problem", *Stanford L. Rev* 45(1992) p 289 ss., pp 294-295; J.R. MACEY/G.P. MILLER, "Corporate Governance and Commercial Banking: A Comparative Examination of Germany, Japan and the United States", *Stanford L. Rev*, 48(1995) p 73 ss; M. MARTIN/F. VARGAS, "Regulación bancaria: situación actual y perspectivas", *Papeles de Economía Española*, 65(1995) p 30 ss; W. SCHÖN "Prinzipien des bargeldlosen Zahlungsverkehrs", *AcP*198(1998) p 401 ss.