ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS

— La carta de crédito contingente. The Standby Letter of Credit. (Usos internacionales relativos a los créditos contingentes, ISP 98. Reglas 590 de la Cámara Comercio Internacional). *M.ª del Pilar Perales Viscasillas* 7

— La transformación de las cajas de ahorros operada en el ámbito comunitario. *Rafael Rojo Álvarez-Manzaneda* 123

— Riesgo legal de la financiación y límites a la autonomía de la voluntad del financiado en los contratos bancarios (leasing mobiliario e hipoteca inmobiliaria). *Manuel Chamorro Posada* 185

CRÓNICA

— Anteproyecto de ley financiera. *Emilio Díaz Ruiz* 217

JURISPRUDENCIA

— Infracción del deber de promover una oferta pública de adquisición de acciones y el juego de la suspensión de derechos. *M.ª De La Sierra Flores Doña* 249

— Cuenta corriente bancaria. Cláusula abusiva económica. *María Candelas Sánchez Miguel* 261

Página

NOTICIAS

1. La reforma del Régimen de los Planes y Fondos de Pensiones por la Ley 24/2001, de Acompañamiento a la de Presupuestos Generales del Estado para 2002. *Alberto Javier Tapia Hermida* 285
2. Informe del *Takeover Panel* sobre el ejercicio 2000-2001. *Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro* 289
3. Los establecimientos de cambio de moneda: la Circular 5/2001, del Banco de España. *Alberto J. Tapia Hermida* 291
4. Aprobada la modificación de la Directiva sobre el blanqueo de capitales. *Cristóbal Espín Gutiérrez* 294
5. Sobre la función del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. *Christi Amesti Mendizábal* 299
6. ¿Tienen los socios de una SIMCAV que presentar el resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta? *Francisco Martín-Caro* ... 300
7. Decisión de la Comisión con respecto al Reglamento relativo a la notificación y traslado de documentos en materia civil o mercantil. *Jaime Baillo Morales-Arce* 303
8. Suplemento sobre créditos documentarios electrónicos de la Cámara de Comercio Internacional (noviembre 2001). *María Jesús Guerrero Lebrón* 303
9. Iniciativa legislativa en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios. *Jaime Baillo Morales-Arce* 306
10. El Régimen Reglamentario del Sistema de Indemnización de los Inversores. *Alberto J. Tapia Hermida* 307
11. Actualización del régimen de recursos propios y supervisión consolidada. *Christi Amesti Mendizábal* 311
12. Posición común relativa al Reglamento sobre pagos transfronterizos en euros. *Alfonso Guilarte Gutiérrez* 311

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía 315

Artículos

LA CARTA DE CRÉDITO CONTINGENTE (*)

The Standby Letter of Credit

(Usos Internacionales relativos a los créditos contingentes, ISP 98. Reglas 590 de la Cámara Comercio Internacional)

M.ª DEL PILAR PERALES VISCASILLAS

Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.
II. GARANTÍAS INDEPENDIENTES Y CARTAS DE CRÉDITO CONTINGENTE.

1. Características fundamentales. Reconocimiento en la jurisprudencia española.
2. La garantía independiente y la carta de crédito contingente: ¿figuras análogas o diferentes?
3. Régimen Jurídico.

(*) Este trabajo ha sido realizado gracias a una estancia de investigación como *Visiting Scholar* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Arizona (James E. Rogers College of Law), bajo el programa sectorial de formación de profesorado y perfeccionamiento de personal investigador (subprograma de estancia de investigadores españoles en centros de investigación españoles y extranjeros) del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (2001). La autora desea expresar su más sincero agradecimiento al profesor Boris Kozolchyk, Evo DeConcini Professor of Law de la Universidad de Arizona, y a los Catedráticos de Derecho Mercantil Alberto Díaz Moreno (Universidad de Sevilla) y Rafael Illescas Ortiz (Universidad Carlos III de Madrid) por la lectura y valiosas observaciones realizadas al trabajo.

III. EL ENTRAMADO SUBJETIVO.
IV. CLASES DE CRÉDITO CONTINGENTE.
V. LOS PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN LA CARTA DE CRÉDITO *STANDBY.*

1. El principio de irrevocabilidad.
2. El principio de independencia.
3. El principio documentario.
4. El principio de vinculación.
5. El principio de autonomía de la voluntad.
6. El principio de buena fe.
7. Los principios de internacionalidad, uniformidad y de adecuación a las prácticas y usos estándar aplicables a la carta de crédito *standby.*

VI. LA ESTRUCTURACIÓN JURÍDICA DE LAS RELACIONES SUBJETIVAS.

1. La relación jurídica entre el solicitante y el emisor.
2. La relación jurídica entre el emisor y los sujetos intermediarios.
3. La relación entre el garante y el beneficiario.

VII. LA PRESENTACIÓN DE LOS DOCUMENTOS EXIGIDOS EN EL CRÉDITO CONTINGENTE.

1. Qué constituye una presentación.
2. Identificación del crédito contingente.
3. Lugar para realizar la presentación.
4. Persona a la que se ha de realizar la presentación.
5. Plazo para realizar la presentación.

A) El plazo de vigencia del crédito: artículo 9.01 ISP.
B) La presentación realizada en plazo: artículo 3.05 ISP.

6. Medio por el cual podrá realizarse la presentación. La presentación electrónica de los documentos.

VIII. LA OBLIGACIÓN DE EXAMEN DE LOS DOCUMENTOS.

1. El principio de conformidad aparente (o facial) de los documentos.
2. El principio de conformidad estricta v. conformidad sustancial.
3. El principio documentario.
4. Principio de coherencia o congruencia.

5. Principio de originalidad.
6. Comprobaciones que ha de realizar el banco al examinar los documentos.
7. Plazo para realizar el examen.
8. Tipología documentaria.

IX. EL CUMPLIMIENTO POR EL EMISOR DE SU PROMESA: EL PAGO.
X. NOTIFICACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO: RECHAZO DE LA PRESENTACIÓN.
XI. TRANSFERENCIA Y CESIÓN.

1. Transferencia de los derechos de disposición.
2. Cesión de la suma a cobrar.
3. Transferencia por ministerio de la Ley.

XII. LAS RECLAMACIONES ABUSIVAS O FRAUDULENTAS.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco del comercio internacional se ha extendido la utilización de garantías personales, especialmente en el ámbito de operaciones de gran complejidad, envergadura y duración. La forma que pueden adoptar estas garantías personales es variada, así como diversa es la terminología que las describe: garantías a primera demanda o independiente, *performance bond,* cartas de crédito contingente (S*tandby Letter of Credit*), llamadas también cartas de crédito de garantía, etc. Casi todas pueden, no obstante, agruparse bajo la denominación de garantías bancarias, si bien la utilización del término bancario no es del todo exacta, puesto que no sólo los bancos pueden emitir este tipo de garantías, aunque sí será lo más frecuente. Entre las instituciones mencionadas existen diferencias y, desde luego, en el comercio internacional se ha descartado la utilización de la fianza —como garantía personal típica—, principalmente por su accesoriedad, en favor de otras más acordes con el dinamismo del comercio internacional. El objeto de este trabajo es precisamente el estudio de un instrumento de garantía que se caracteriza por su dinamismo: la carta de crédito *standby* o crédito contingente y muy particularmente la regulación de este instrumento bajo las nuevas reglas sobre prácticas internacionales (*International Standby Practices*, ISP 98). Las ISP fueron aprobadas por la Comisión Bancaria de la Cámara de Comercio Internacional el 6 de abril de 1998, habiendo sido adoptadas también por la autoridad de gobierno de la Cámara de Comercio

Internacional (CCI o, en sus siglas en inglés, ICC); de esta forma las ISP 98 se han convertido en un texto de la CCI (publicación núm. 590). Las Reglas entraron en vigor el primero de enero de 1999 (1).

Las reglas constituyen un intento de formular los usos y prácticas internacionales generalmente aceptados en materia de créditos contingentes. Las reglas, que en su traducción al español se titulan como Usos Internacionales relativos a los créditos contingentes, son el producto de la labor desarrollada durante cinco años por un grupo de trabajo —presidido por el profesor James E. Byrne, quien, además, ha preparado el Comentario Oficial (2)— bajo los auspicios del *Institute of International Banking Law and Practice*. En su elaboración han participado, entre otras, la USCIB (*U.S. Council on International Banking, Inc.,* en la actualidad *International Financial Services Association*), el *National Law Center for Inter-American Free Trade*, cuyo presidente es el profesor Boris Kozolchyk, así como numerosos profesionales, bancos, asociaciones nacionales e internacionales, a los que se ha de sumar el papel activo desempeñado por la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL). Precisamente, las ISP han sido redactadas teniendo muy en cuenta el texto de la última institución: La Convención de

---

(1) Las Reglas, redactadas originalmente en inglés, se han traducido a diversos idiomas: español, búlgaro, chino, francés, hebreo, coreano, ruso y turco; se están preparando traducciones en: griego, italiano, tailandés y alemán. Vid. *Documentary Credit World,* febrero 2001, vol. 5, núm. 2, p. 23, y nota 20.

(2) *The Official Commentary on the International Standby Practices*, que ha sido publicado por el *Institute of International Banking Law & Practice, Inc.* y editado por James G. Barnes. El valor del comentario oficial es el de una opinión autorizada sobre la materia, pero sin que sea vinculante. Asimismo a lo largo de este trabajo haremos referencias a otras dos "fuentes" no vinculantes, aunque persuasivas: las *Official ICC Banking Commission Opinions*, que se citarán como Opiniones Oficiales de la CCI, y las resoluciones adoptadas bajo las DOCDEX Rules, esto es, el sistema de resolución de conflictos en el ámbito del crédito documentario que fue creado por la CCI. Tanto las Opiniones oficiales (publicadas y no publicadas), como los resúmenes de las resoluciones, pueden consultarse en http://www.dcprofessional.com (visitada el 17 de marzo de 2001). En este trabajo nos referiremos a las opiniones y resoluciones tal y como se han publicado en dicha base de datos.

En relación con el sistema de resolución de conflictos de la CCI, existe ya una primera decisión relativa a la viabilidad de dicho sistema respecto de los créditos contingentes. En este caso, se indicó que el sistema está disponible para los créditos documentarios que incorporen las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios (RUU, publicación 500 CCI, 1993), lo que se cumplía en el caso en cuestión ya que las dos standby estaban sujetas a las RUU, cuyo artículo 1 acoge a los créditos contingentes dentro de su ámbito de aplicación.

Por último, mencionar que existe un sistema de resolución de disputas relacionadas con el crédito documentario y las garantías independientes creado por el *International Center for Letter of Credit Arbitration, Inc.* (ICLOCA). Las *ICLOCA Rules* tratan de resolver dichos litigios mediante arbitraje especializado sometido a las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL. Por ahora no se conoce ninguna disputa que haya sido sometida a dicho arbitraje especializado.

las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente de 1995 (CNUGICCC) [3]. Además, se ha de resaltar, como característica de las ISP, que se cuida su adecuación en todo momento a los usos y prácticas bancarias en materia de crédito contingente tanto en su interpretación como en su aplicación, y se fomenta, además, la interpretación de las Reglas conforme a dos principios básicos que gobiernan el Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI): la internacionalidad y la uniformidad (véase art. 1.03 ISP). Con todo, en nuestra opinión, la excesiva confianza depositada en dicha práctica bancaria estándar (o las formulaciones equivalentes que se utilizan en las ISP como la de *"usos estándar aplicables"*) podría resultar una fuente de conflictos e incertidumbre, no sólo en cuanto al reconocimiento de dichos usos y prácticas, lo que habrá de hacerse conforme a los requisitos exigidos en cada legislación, sino también en cuanto a su contenido y alcance [4].

Se destaca en el Preámbulo de las ISP que el número de *standby* emitidas es muy superior al de las cartas de crédito comercial (se dice que la relación es de 5 a 1; constatándose asimismo un aumento en el número de las *standby* emitidas por bancos europeos), lo que motiva la atención que están recibiendo las cartas de crédito contingente (como se denomina a la *standby* por la Convención de la CNUDMI citada) [5], que se ha convertido desde hace unos años en una institución con caracteres y perfiles propios, independiente del crédito documentario.

Como se sabe, las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional (RUU 500 1993) [6] se aplican también a las *standby* en la medida en que sean aplicables, esto es, apropiadas (artículo 1), mientras que las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional (URDG, publicación núm. 458, 1992) se ocupan de las llamadas

---

(3) Aprobada por la Asamblea General en su resolución 50/48, de 11 de diciembre de 1995, y que entró en vigor el 1 de enero de 2000 tras la ratificación de Ecuador, El Salvador, Kuwait, Panamá y Túnez. Estados Unidos y Bielorrusia la han firmado pero todavía no la han ratificado.

(4) También manifiesta sus dudas John F. DOLAN, "Analyzing Bank Drafted Standby Letter of Credit Rules, The International Standby Practice (ISP 98)". Wayne Law Review, 2000, núm. 45, pp. 1888-1889; y "The Law of Letters of Credit. Commercial and Standby Credit", Arlington, VA: A.S. Pratt & Sons Group, 2000, §4.06.

(5) Vid. una aguda crítica a esta denominación en Alberto DÍAZ MORENO, "Los trabajos de UNCITRAL en materia de garantías independientes internacionales", RDM, 1992, núm. 207, p. 152, nota 4.

(6) Las primeras reglas fueron publicadas en 1933, y posteriormente se han sucedido diversas versiones en: 1951, 1962, 1974 y 1983. La última versión se encuentra publicada en castellano en: RDBB, enero-marzo, 1995, núm. 57, pp. 127-150.

garantías a primera demanda o a primer requerimiento [7]. Sin embargo, la complejidad que ha ido adquiriendo la carta de crédito *standby* o crédito contingente en la práctica comercial demanda la redacción de reglas más sofisticadas, viniendo, de esta forma, las ISP 98 a cubrir esa necesidad. En relación con la internacionalidad de las reglas debe destacarse que ese será su campo de aplicación más probable, no obstante nada impide que se utilicen para la emisión de cartas de crédito contingentes carentes de cualquier elemento de internacionalidad, y así las Reglas se encargan de señalarlo [art. 1.01.b)] [8].

Pasando al articulado concreto de las ISP, éstas se dividen en 10 Reglas, que contienen un total de 89 artículos. Las Reglas se ocupan principalmente de las obligaciones de las partes intervinientes en la carta de crédito *standby*, de los aspectos relacionados con la presentación por el beneficiario de los documentos que se requieran en la carta de crédito, del examen de los documentos por el banco y de las condiciones para que el banco notifique al beneficiario su intención de no pagar. Con todo, las propias Reglas excluyen de su ámbito de aplicación tres materias que habrán de ser reguladas conforme a la ley aplicable: las relacionadas con los poderes para emitir un crédito contingente, los requisitos formales para ejecutar un crédito [9], y, por último, las excepciones al cumpli-

---

(7) Reglas Uniformes de la CCI relativas a las garantías a primer requerimiento. Estas reglas constituyen una revisión de una versión anterior: la publicación núm. 325, Reglas uniformes de la CCI para las garantías contractuales, que fracasaron fundamentalmente por su alejamiento de las prácticas bancarias comerciales (véase Preámbulo a las URDG). Las actuales reglas se acompañan de la publicación núm. 503 de la CCI, 1994, donde se proporcionan los diversos formularios que se pueden emplear (*ICC Model Forms for Issuing Demand Guarantees*).

El artículo 2 contiene la definición de garantía a primer requerimiento: toda garantía, fianza u otro compromiso de pagar, sea cual sea su nombre o descripción, por un banco, compañía de seguro u otra entidad persona física o jurídica, dada por escrito para el pago de una suma de dinero establecida o estipulada, a la presentación, de conformidad con los términos del compromiso de un requerimiento de pago escrito y de cualquier otro documento (por ejemplo, un certificado de un arquitecto o ingeniero, una sentencia judicial o un laudo arbitral) (...).

(8) Vid. igualmente en relación con las URDG: Roy GOODE, "Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees", París, ICC Publishing, 1992, núm. 510, p. 37.

(9) Por ejemplo, un escrito firmado. Este ejemplo aparece en el texto del artículo 1.05.b) ISP, aclarando el sentido del mismo, ya que se refiere a los requisitos de validez que pudieran ser aplicables. Así, se indica en el Comentario Oficial al artículo 1.05 ISP, núm. 4, p. 20, que se asume que los requisitos "formales" son más flexibles que los establecidos para los títulos-valores. Así implícitamente se desprende del art. 1.06 ISP que la falta de *consideration*, para los sistemas de *common law*, o de causa, para los de *civil law*, no puede ser alegada por el emisor para incumplir sus obligaciones. Precisamente, el artículo 5 UCC, sección 5-105, priva de valor a la *consideration*, lo que evidencia el desgaste de dicha institución. en el ordenamiento jurídico estadounidense. Vid. también el Comentario Oficial al art. 1.06 ISP, núm. 8, pp. 26-27.

miento, fundadas en el fraude, el abuso o similares circunstancias (art. 1.05 ISP). La última exclusión parece particularmente pertinente, ya que el fraude por parte del beneficiario ha recibido un tratamiento diverso a nivel internacional [10].

Básicamente este estudio pretende contribuir a un mejor conocimiento y difusión del crédito contingente en el derecho continental —a través fundamentalmente de las reglas de las ISP, aunque también a la luz de los otros textos legales más importantes en esta materia (CNUGICCC, URDG, RUU, y Artículo 5 UCC)— [11], donde goza de un mayor reconocimiento la institución de la garantía independiente, que, en su esencia y funcionamiento, es la misma figura que se acoge en el articulado de las ISP. Las Reglas, en general, ofrecen un régimen detallado y bastante completo en cuestiones tan importantes como la presentación de documentos y la tarea de examen que ha de realizar el banco; no obstante, en puntos concretos las Reglas están sujetas a algunas críticas, especialmente aquellas que suponen trasladar determinados riesgos de la operación al solicitante o al beneficiario, y que, en consecuencia, implican la indem-

---

En relación con el Artículo 5 UCC, se trata de la nueva versión del artículo 5 UCC aprobada en 1995 (Revised Article 5), y prácticamente en vigor en la casi totalidad de los Estados. La redacción de una nueva Ley fue motivada por diversas circunstancias, entre otras, por el impacto de los medios electrónicos, el incremento en el uso del crédito documentario, el cambio en los usos y prácticas, y, sobre todo, la necesidad de coordinar la normativa nacional con la internacional, esto es, con las RUU (véase Nota Introductoria al Artículo 5 UCC).

(10) Brooke WUNNICKE, Diane WUNNICKE y Paul S. TURNER, "Standby and Commercial Letters of Credit", Gaithersburg, Aspen Law and Business, 2000, §6.02, p. 6-7 (citado en adelante como WUNNICKE y TURNER).

(11) Debe destacarse la compatibilidad entre los instrumentos mencionados en sus principios fundamentales. Vid. por ejemplo entre la Convención y las URDG: Rafael ILLESCAS ORTIZ, International Demand Guarantees: "The Interaction of the Uncitral Convention and the URDG Rules of the ICC. New Developments in International Commercial and Consumer Law". Proceedings of the 8th Biennial Conference of the International Academy of Commercial and Consumer Law, edited by Jacob S. Ziegel. Oxford: Hart Publishing, 1998, pp. 161 y ss. Entre la Convención y el Artículo 5 UCC: Paul S. TURNER, "The United Nations Convention on International Standby Letters of Credit: How Could it Change Existing Letter of Credit Law in the United States?", Banking Law Journal, octubre 1997, vol. 9, pp. 790 y ss. Entre las RUU, URDG y ISP, Filip DE LY, "The UN Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit", The International Lawyer, 1999, vol. 33, núm. 3, p. 840, apoyándose en el trabajo del profesor Illescas. Finalmente: entre las ISP 98 y los RUU: James E. BYRNE, "ISP 98 & UCP 500 Compared", Institute of International Banking Law & Practice, 2000, pp. xix-xxii, y pp. 1 y ss.

nidad del banco [12]. Ello se debe probablemente a la circunstancia del singular proceso de elaboración de las Reglas, donde no estuvieron presentes algunos sectores [13] aunque, se ha de resaltar, que no llega a percibirse que el emisor-banco en un crédito contingente puede ser el solicitante o beneficiario en otro crédito contingente; claro que se advertirá una diferencia sustancial entre un beneficiario-profesional banquero y un beneficiario-empresario, el primero conoce o debe conocer las reglas, el segundo no necesariamente.

II. GARANTÍAS INDEPENDIENTES Y CARTAS DE CRÉDITO CONTINGENTE

1. Características fundamentales. Reconocimiento en la jurisprudencia española

Las garantías independientes se caracterizan por el principio de independencia, autonomía o abstracción frente a la relación subyacente, que garantiza y que le da vida [14], por lo que consecuentemente carecen de la nota de la acceso-

---

(12) DOLAN, "Analyzing", pp. 1865, somete a las Reglas a una dura y, en ocasiones, fundada crítica. El profesor Dolan llega a dos conclusiones en su estudio: que en puntos específicos las Reglas son ineficientes al imponer costes educacionales (existe una asimetría de información) y otros costes al solicitante y al beneficiario; y que las partes o bien desplazan el régimen concreto de algunas Reglas, lo cual incrementará los costes de la transacción, o bien, lo que resulta menos costoso, desplazan a las Reglas en su conjunto. El profesor Dolan (pp. 1878-1879) cree que los bancos deben hacer un esfuerzo educacional llamando la atención a los solicitantes de créditos contingentes acerca de la existencia de las ISP, so pena de que se les impute la responsabilidad derivada de la injusticia de alguna de sus Reglas. Irónicamente, y en relación a ello, señala (id., p. 1885, nota 75), que las Reglas cuestan casi 15$. Las Reglas pueden solicitarse a la Secretaría del Comité Español de la CCI. Avinguda Diagonal, 452-454, 08006 Barcelona.

(13) DOLAN, "Analyzing", pp. 1869-1873, puntualizando que *"There were non-bankers and non-bank lawyers involved in the fashioning of the ISP 98"*. Otro factor a tener en cuenta es la diferencia entre las ISP y otros productos de la CCI, en cuestiones tales como el estilo de redacción, justicia entre las partes, la representación de sectores interesados, por no hablar del origen de las Reglas (id., p. 1876).

(14) Vid. art. 2.b) URDG, aunque el art. 3 indica que toda garantía debe especificar la transacción de base, causa de emisión de la garantía. Vid. Miguel CERDA OLMEDO, *Garantía independiente (Nueva forma de garantía personal realizable mediante simple reclamación del acreedor, surgida de la práxis del comercio internacional),* Comares, Granada, 1991, pp. 17-18, pp. 46 y ss.; y pp. 124 y ss., Juan FERNÁNDEZ-ARMESTO, *Los créditos documentarios irrevocables en las Reglas y Usos Uniformes (revisiones de 1974 y 1983) y en el Derecho español*, La Coruña, 1984, pp. 239 y ss.; Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Madrid, Centro de Documentación

riedad y también de la subsidiariedad, al menos en su sentido jurídico [15]. En realidad, lo que se quiere indicar, al decir que la accesoriedad no existe en las garantías independientes, es que la obligación que asume el garante es distinta de la del deudor. Por eso, el banco no cumple "en lugar de" o "por el deudor" [16] sino que únicamente se obliga a pagar cuando el acreedor le reclame según los términos de la garantía.

Precisamente, en esta característica de la abstracción o independencia de la garantía reside el éxito de la garantía independiente al tiempo que le otorga su fisonomía característica y le libera de los lazos que le unen a la garantía personal típica, la fianza [17]. A esta nota de la independencia, se une la de su reclama-

---

Bancaria y Bursátil, 1995, pp. 97 y ss., pp. 133-135, y pp. 299-309; Alberto ALONSO UREBA, "Naturaleza y régimen del crédito documentario". En *Contratos Bancarios*. Dirección: Rafael García Villaverde, Madrid, Civitas, 1992, p. 463; y M.ª Ángeles ALCALÁ DÍAZ, "Garantías bancarias a primera demanda", *Derecho del Mercado Financiero,* II. *Operaciones bancarias de gestión. Garantías. Operaciones bursátiles*, Volumen 2. Dirigido por Alberto Alonso Ureba y J. Martínez-Simancas y Sánchez. Madrid, Civitas, 1994, pp. 256-261: se trata de un contrato cuya causa es externa (abstracción funcional), haciendo hincapié en que causa y accesoriedad son dos conceptos jurídicos independientes, ya que la causa hace referencia al negocio jurídico (contrato comisión) y la accesoriedad a la prestación (por ejemplo, contrato de compraventa).

(15) Vid. CERDA OLMEDO, "Garantía independiente", pp. 35-36; Rafael ILLESCAS ORTIZ, "Cartas de acreditación y cartas de garantía". En *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en Homenaje al profesor Evelio Verdera y Tuells,* Vol. II, Madrid, La Ley, 1994, p. 1293; y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía,* pp. 97 y ss. En contra: Ángel CARRASCO PERERA, "Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento". *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil.* Tomo I. *Parte General y Garantías Personales.* Coordinación: Ubaldo Nieto Carol y José Ignacio Bonet Sánchez, Madrid, Civitas, 1996, pp. 726 y ss., indicando que ninguna de las notas que se dicen definitorias de las garantías a primera demanda (garantía abstracta, autónoma, independiente y no accesoria), se corresponden con ella.

(16) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía,* p. 100.

(17) Frente a la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia en este punto, se alza un sector doctrinal que entiende que los llamados contratos autónomos de garantía son contratos de fianza, en los cuales el fiador ha renunciado a la oposición de excepciones derivadas de la relación de valuta: Ángel CARRASCO PERERA, "Fianza, accesoriedad y contrato de garantía", Madrid, La Ley, 1992, pp. 65 y ss., y pp. 241 y ss. La fianza, se entiende, es lo suficientemente elástica y flexible como para dar cabida a las nuevas figuras contractuales de garantías personales.

Para los defensores de la nueva figura atípica, basada en el principio de autonomía de la voluntad, se entiende que existen otros caracteres, además de la inexistencia de la nota de la accesoriedad en las garantías independientes, que diferencian a la fianza y a la garantía independiente: véase, por ejemplo, CERDA OLMEDO, "Garantía independiente", pp. 27-28, 31, y pp. 65 y ss., rechazando que se acuda a las normas de la fianza, so pena de la deformación de dicha institución típica; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía,* pp. 95 y ss., espec. pp. 105 y ss., indicando, pp. 107-108, que la incorporación de una cláusula a primera demanda es un criterio favorable a la interpretación de que los contratantes pretendían

ción a primer requerimiento o a primera demanda, lo que facilita su utilización en el tráfico: al beneficiario de la garantía —en su forma más sencilla— le bastará con presentar una simple demanda de pago al emisor para que se haga efectiva la garantía.

El reconocimiento de garantías independientes se ha producido, en mayor o menor medida en los principales ordenamientos jurídicos, gracias sobre todo a la labor de la jurisprudencia (18). En España, tras una primera etapa en la que no se otorgaba relevancia a la cláusula a primer requerimiento [SSTS de 2 de octubre de 1990 (RA 7464) y 15 de abril de 1991 (RA 2693)], se rompió dicho criterio en las SSTS de 14 de noviembre de 1989 (RA 7878) y 27 de octubre de 1992 (RA 8584) (19). Recientemente se confirma el reconocimiento de la institución en las SSTS de 3 de mayo de 1999 (RA 3366), 17 de febrero de 2000, 30

---

constituir una obligación carente de la accesoriedad propia de la fianza, máxime cuando existe además una renuncia a todo tipo de excepciones y oposiciones derivadas del contrato principal; Javier CAMACHO DE LOS RÍOS, "Interpretación de las cláusulas «A primera demanda» en los contratos mercantiles", RDBB, 1994, núm. 54, pp. 395 y ss.; ALCALÁ DÍAZ, "Garantías bancarias a primera demanda", pp. 248-256; y José Ignacio BONET SÁNCHEZ, "Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1992. Nuevas reflexiones jurisprudenciales acerca de las garantías a primera demanda", Cuadernos de Derecho y Comercio, 1994, núm. 13, pp. 217-256, quien afirma que se trata de un contrato de garantía no accesorio o independiente. Una panorámica de las nuevas figuras atípicas de garantías personales puede verse en: Luis de ANGULO RODRÍGUEZ, "Panorama de encuadre de las garantías personales atípicas", RJN, julio-septiembre 1993, pp. 9-32. En definitiva se trata de determinar cuál es la verdadera naturaleza de la institución, lo que no resulta nada fácil como al efecto evidencian los autores mencionados y, además, Miguel COCA PAYERAS y Juan FLAQUER RIUTORT, "Notas sobre el aval a primer requerimiento (Jurisprudencia y praxis)", en *Homenaje al Profesor Evelio Verdera y Tuells,* Madrid, La Ley, vol. I, 1994, pp. 474 y ss., explicando las razones de la confusión en torno a distintas instituciones al hilo de la jurisprudencia del TS; y asimismo CARRASCO PERERA, *Las nuevas garantías personales,* pp. 716 y ss., analizando los diversos sentidos de las cláusula a primera demanda que identifica figuras o propósitos negociales diversos que poco o nada tienen en común entre sí.

(18) Véase el estudio comparado de Norbert HORN y Eddy WYMEESRSCH, "Bank-Guarantees, Standby Letters of Credit and Performance Bonds in International Trade", Deventer, Boston, Kluwer Law, 1990, pp. 14 y ss.; y Anthony PIERCE, *Demand Guarantees in International Trade,* Londres, Sweet & Maxwell, 1993, pp. 13 y ss.

(19) Véase un comentario de todas ellas, con especial referencia a la STS de 27 de octubre de 1992, Alberto DÍAZ MORENO, "Las garantías a primer requerimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo". En *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en Homenaje al profesor Evelio Verdera y Tuells,* Vol. I. Madrid, La Ley, 1994, pp. 627 y ss.; Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El reconocimiento jurisprudencial, de la garantía a primera solicitud", RDBB, abril-junio 1993, núm. 50, pp. 541 y ss.; BONET SÁNCHEZ, "Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1992", pp. 217 y ss.; y Rafael MARIMÓN DURÁ, "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 27 de octubre 1992. Última jurisprudencia sobre el contrato de garantía a primer requerimiento", RGD, abril 1983, núm. 583, pp. 3057-3075.

de marzo de 2000 (RA 2314) [20], 5 de julio de 2000 [21] y de 12 de julio de 2001. El pronunciamiento más claro y revelador en torno a esta cuestión, que posteriormente es reproducido por el TS en sus restantes resoluciones, proviene de la STS de 27 de octubre de 1992 (FJ 2.º):

"... entre las nuevas modalidades de garantías personales nacidas para satisfacer las necesidades del tráfico mercantil por resultar insuficiente o inadecuada la regulación legal de la fianza, se encuentra el aval a primera solicitud, o a primer requerimiento, también denominado por la doctrina como garantía a primera demanda o a simple demanda o garantía independiente, contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el artículo 1255 del Código Civil (así, sentencia de 14 de noviembre de 1989), en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza; es nota característica de esta forma de *garantía personal*, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su *no accesoriedad*, nota a la que se alude en la sentencia de esta Sala de 11 de julio de 1983 (...), de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido ...".

Como se deriva del fundamento de la sentencia transcrita el reconocimiento de la institución se funda en el principio de autonomía de la voluntad de las partes [art. 1255 Código Civil (CC)], que claramente desean separarse

---

[20] Las dos primeras comentadas por Alberto DÍAZ MORENO, respectivamente en Derecho de los Negocios, 1999, núm. 110, y 2000, núm. 121; y las dos últimas por Rafael MARIMÓN DURÁ, "Consolidación de la jurisprudencia sobre aval a primera demanda. Avales prestados por sociedades de garantía recíproca y por entidades de seguros (Sentencias de 17 febrero 2000 [Civil]. R.A. 1162/2000 y 30 de marzo de 2000 [Civil]. R.A. 2314/2000)". RDM, 2000, pp. 1910-1923; y por Francisco José INFANTE RUIZ, "Crónica jurisprudencial sobre el contrato autónomo de garantía (A propósito de dos recientes sentencias del Tribunal Supremo)". Revista de Derecho Patrimonial, 2001-1, núm. 6, pp. 437-462. Por su parte, comentan la sentencia de 17 de febrero de 2000 Ángel CARRASCO PERERA, Sentencia de 17 de febrero de 2000, CCJC, octubre-diciembre, 2000, marg. 1464, pp. 987-998 e I. Moralejo Menéndez, "Accesoriedad y subsidiaridad en las garantías a primer requerimiento (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2000)", RDM, 2001, núm. 240, pp. 673-699. Vid. además, Javier SAN JUAN CRUCELAEGUI, "Las garantías independientes en el derecho español y su aceptación por la Jurisprudencia", Revista de Derecho Patrimonial, 2001, 2, núm. 7, pp. 37-64.

[21] Comentada por Alberto DÍAZ MORENO, Derecho de los Negocios, mayo 2001, núm. 128, pp. 56-57.

de la regulación de la fianza. Por esta razón, y debido a que la garantía independiente o a primera demanda no goza todavía de un reconocimiento normativo, las partes deben cuidar la redacción de las cláusulas, so pena que la defectuosa o insuficiente redacción lleve al tribunal ante la imposibilidad de reconocer la institución que comentamos. No es de extrañar que la práctica demuestre la redacción de cláusulas dirigidas a despojar a las garantías independientes de las notas clásicas con que se reviste a la fianza, por ejemplo, al indicarse que: "el garante renuncia a cualquier derecho o beneficio (de excusión, división u orden)" (22) o, como se ha visto, que *"la obligación contraída por el presente documento tiene carácter solidario y renunciamos expresamente a los beneficios de orden, excusión y división"* (STS de 27 de octubre de 1992).

Es asimismo nota constante el que la reclamación de la garantía se realice "a su primer aviso" (STS de 27 de octubre de 1992), "a simple petición" (STS de 14 de noviembre de 1989) o expresiones semejantes, planteándose la duda de si la simple mención de este dato implica la exclusión total de las características de la fianza o, desde otra perspectiva, si dicha cláusula es suficiente para incardinar el negocio en el ámbito de las garantías independientes (23).

En relación con lo primero, no han faltado autores que se han pronunciado en el sentido de entender que es imprescindible que se introduzca una renuncia expresa del garante a oponer al beneficiario las excepciones fundadas en hechos

(22) Así en la emisión de participaciones preferentes Serie B por parte de Bancaja Eurocapital Finance, garantizada por Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja, febrero 2000 (http://www.cnmv.es) (número 3163).

(23) En el bien entendido que la presencia de dicha fórmula satisface, además, otros elementos como la existencia de una relación subyacente que pueda ser garantizada. Así, la STS de 3 de mayo de 1999 (RA 3366), donde el Alto Tribunal indica, acertadamente, que no constituye garantía a primer requerimiento el pacto entre dos sociedades por el cual una de ellas cubriría las pérdidas sufridas por la otra, siendo suficiente para reclamar el cumplimiento de esta obligación el simple requerimiento o demanda del administrador de la primera, y ello porque no existe una relación subyacente que pueda ser garantizada, ni por ende la concurrencia de los tres elementos personales necesarios para que surja esa forma de garantía personal. La sentencia está comentada por Rafael MARIMÓN DURÁ, "Insuficiencia de la cláusula de pago a primer requerimiento para configurar una garantía independiente", RDM, octubre-diciembre 1999, núm. 234, pp. 1787-1794, y por Francisco José INFANTE RUIZ, "Valor de la cláusula de pago a primer requerimiento o a primera demanda. Comentario a la sentencia del TS de 3 de mayo de 1999". Revista de Derecho Patrimonial, 2000, 1, núm. 4, pp. 155-163.

acaecidos en la relación subyacente [24]. Sin embargo, entendemos que en el estado actual de reconocimiento de la figura por la jurisprudencia, la cláusula a primera demanda o similar implícitamente ha ganado dicho consenso [25]. Y ello porque, si, como mínimo, la mencionada cláusula indica que el beneficiario

---

[24] Así MARIMÓN DURÁ, "Insuficiencia de la cláusula de pago", pp. 1790-1791, y p. 1793; e INFANTE RUIZ, "Valor de la cláusula", p. 161, con cita de doctrina en el mismo sentido. Se estima, pues, que la cláusula tiene un mero valor procesal (*solve et repete*) y no sustantivo consistente en invertir la carga de la prueba, para los más optimistas, o una inversión del papel de las partes en el proceso (INFANTE RUIZ, "Valor de la cláusula", p. 161). Vid. además el comentario de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El reconocimiento jurisprudencial", pp. 555-561, donde además de ser favorable a la inoponibilidad de excepciones, también entiende que la cláusula a primera demanda supone una válida inversión convencional de la carga de la prueba. DÍAZ-MORENO, "Las garantías a primer requerimiento", p. 645, por su parte, señala que dicho valor sólo se da en las garantías accesorias que se acompañan de la cláusula a primera demanda; por contra, en las garantías independientes, opina el autor, que la regla "pagar primero, litigar después" adquiere un valor sustancial, porque como más adelante señala la independencia elimina la accesoriedad. Por esta razón critica acertadamente parte del fundamento jurídico de la STS de 27 de octubre de 1992, porque si bien primeramente reconoce la independencia de la garantía, expulsa por la puerta dicho carácter al reducir sus efectos a una mera inversión de la carga de la prueba; y Javier CAMACHO DE LOS RÍOS, "Interpretación de las cláusulas", pp. 415 y ss. y *El seguro de caución. Estudio crítico.* Madrid, Mapfre, 1994, p. 140, aunque, mostrando los problemas de dicha interpretación, indica que *"dicha posibilidad ha de entenderse con carácter restrictivo, es decir, admitir únicamente la existencia de una garantía independiente cuando ésta sea la indudable voluntad de los contratantes; cuando tal voluntad no esté clara habrá de optarse siempre por considerar que tales cláusulas dan lugar, únicamente, a una inversión de la carga probatoria"*.

Ha de notarse una sutil pero importante diferencia entre lo mantenido por algunos de los autores citados. Mientras que para MARIMÓN DURÁ es necesaria la conjunción de la cláusula a primera demanda junto con la renuncia de excepciones para entender que las partes han querido constituir una garantía autónoma e independiente y por tanto no accesoria, para INFANTE RUIZ, "Valor de la cláusula", p. 162, no sólo es necesario lo anterior, sino además es precisa la concurrencia expresa o derivada del contenido contractual de la cláusula de sobrevivencia, esto es, pacto de que la garantía sea válida aunque la obligación garantizada devenga ineficaz por cualquier causa. Vid. no obstante, la interesante apreciación de DÍAZ-MORENO, "Las garantías a primer requerimiento", p. 636, comentando las SSTS de 14 de noviembre de 1989 y 27 de octubre de 1992: " El TS considera que las garantías en las que se especifica que serán pagaderas «a primera solicitud» son garantías en las que está ausente la nota de la accesoriedad o, dicho de otra forma, que son garantías independientes con respecto a la relación jurídica subyacente". Vid. además nota siguiente.

[25] Vid. por ejemplo STS de 14 de noviembre de 1989, donde el apartado tercero de la carta de garantía establecía las condiciones para su reclamación: *"simple petición, cantidad que no excede del límite pactado, dentro del plazo fijado, sin restricción de ningún tipo"*. No obstante, la última frase podría interpretarse en el sentido de que el garante renuncia a la oposición de excepciones que pudieran derivarse del contrato base: así lo entiende: DÍAZ MORENO, Las garantías a primer requerimiento, p. 640, señalando además, acertadamente, que la independencia de la garantía parece indudable.

Otras sentencias no nos sirven, sin embargo, de apoyo porque junto con la cláusula a primer requerimiento aparece otra dirigida a la renuncia del garante a la oposición de excepciones al beneficiario. Así por ejemplo: STS de 27 de octubre de 1992.

puede reclamar la garantía mediante el simple requerimiento, sin necesidad de demostrar el acaecimiento del incumplimiento de la relación subyacente, resulta implícita en ella la renuncia del garante a la oposición de excepciones basadas en hechos acaecidos en la relación subyacente (26). Además, resulta plenamente aceptada por la doctrina y por la jurisprudencia la institución como se ha analizado. Incluso, es posible todavía alegar un tercer motivo: el reconocimiento de un principio general para las obligaciones mercantiles: el principio de solidaridad (frente a la regla del art. 1137 CC).

El principio de solidaridad ha tenido un amplio reconocimiento precisamente al hilo de contratos de fianza mercantiles, aunque no exclusivamente (27). Esta consagración del principio de la solidaridad significa de pleno la inexistencia de la subsidiariedad; característica que sí está presente en la fianza civil (beneficio de excusión y división de los arts. 1830 y 1837.1 CC), por lo que en relación con las fianzas mercantiles se invierte la regla del citado precepto del CC, y, por tanto, no es necesaria la renuncia expresa al beneficio de excusión y división (art. 1831.1 CC y art. 1837.2 CC) (28). En este sentido, opinamos que la aplicación de este principio en la fianza típica mercantil abona su extensión a las otras formas de garantías personales atípicas, especialmente a las garantías

---

(26) También lo entiende así DÍAZ-MORENO, "Las garantías a primer requerimiento", p. 644.

(27) Véase el interesante estudio doctrinal y jurisprudencial de Antonio FONT RIBAS, "Génesis y evolución del principio de solidaridad (Aproximación al centro de gravedad del sistema crediticio)", en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, 1996, Tomo III, pp. 3243-3296. Destaca cómo de la doctrina tradicional representada por la STS de 22 de diciembre de 1941, que niega la presunción de solidaridad de las obligaciones, siendo necesario que tal condición se exprese y determine claramente, se ha ido evolucionando a una doctrina más moderna que, en un imparable desgaste de la no presunción de la solidaridad (estableciéndose la innecesariedad de una declaración expresa, formal o no, ya que la solidaridad puede inferirse a través de una declaración tácita de voluntad), ha venido a sentar la vigencia del principio de solidaridad en las obligaciones mercantiles. Así, por ejemplo, la STS de 20 de octubre de 1989 (RA 6941) y 7 de marzo de 1992 (RA 2007), la cual señala que: *"además de tenerse en cuenta el carácter mercantil de la fianza al estar construida por una entidad crediticia dentro de las actividades de su tráfico mercantil determina su carácter solidario según la práctica mercantil y la jurisprudencia (...); criterio este último que debe apoyarse en nuestra época, al amparo del art. 3, párr. 1, del Código Civil, dada la necesidad de garantías firmes en las transacciones mercantiles y el auge que tiene la obligación solidaria en otros ámbitos jurídicos (por ejemplo, en materia de seguros, y de las obligaciones extracontractuales), precisamente en beneficio de la seguridad jurídica, en la realidad social de nuestro tiempo caracterizada por la complejidad y multiplicidad de variantes en las relaciones jurídicas, tanto dentro del comercio como fuera de él"*.

(28) STS de 20 de octubre de 1989 (RA 6941); STS de 7 de marzo de 1992 (RA 2007); STS de 14 de febrero de 1997 (RA 1419), comentada por Josefa BRENES CORTES, "Solidaridad en la fianza mercantil (A propósito de la STS de 14 de febrero de 1997)", en *Homenaje al profesor Lanzas-Selva,* tomo I, 1999, pp. 47-73; y STS de 27 de octubre de 1999 (RA 7627).

independientes objeto de este estudio. Ello no quiere decir, sin embargo, que el garante y el ordenante queden obligados solidariamente, sino que la solidaridad en esta materia implica eliminación de la nota de la subsidiariedad [29]. La independencia, a su vez, difumina la nota de la accesoriedad, lo que significa suprimir también la solidaridad entre deudores.

El esfuerzo de interpretación recién efectuado sólo tiene sentido si se parte de que la garantía independiente, como garantía personal atípica, ha de reconducirse al tipo básico de la fianza, como si de un subtipo o de una fianza desnaturalizada se tratase. Creemos, sin embargo, que no es necesario dicho esfuerzo si se parte de la consideración dinámica de la garantía independiente como una figura con perfiles propios que compartiría algunos datos con la fianza, en particular la función fideiusoria. En cualquier caso, y a la vista de los problemas que se pueden generar en cuanto al reconocimiento de la institución y especialmente atendiendo al dato de la imprecisión de que hacen gala las partes al redactar sus contratos [30], creemos que la incorporación de las ISP —tanto a contratos nacionales como internacionales— contribuirá a evitar dichos inconvenientes; porque tal y como se reconoce en el artículo 1.06.a) ISP, *"el crédito contingente es una promesa irrevocable, independiente, documentaria y vinculante desde su emisión y no es necesario que así lo indique"*. No sólo ello, además permitirá crear un cierto consenso en torno a las diversas denominaciones que habitualmente se utilizan, y, lo que es todavía más importante, un

---

[29] Vid. con una opinión distinta pero coincidente en algunos puntos DÍAZ-MORENO, "Las garantías a primer requerimiento", pp. 641-643: *"Con ello no queremos decir que el garante y el deudor principal queden obligados, en virtud de la garantía de un modo solidario (está claro que, por ejemplo, el art. 1145.2 CC sería inaplicable), sino que los efectos de la garantía no accesoria son, en parte, equivalentes a los de una fianza solidaria"*.

[30] Como se evidencia en las SSTS de 2 de octubre de 1990 y 15 de abril de 1991, comentadas, con una visión muy acertada, por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El reconocimiento jurisprudencial", p. 547, nota 10, donde indica en relación con la primera que lo que el TS hizo fue negar todo sentido a la cláusula a primera demanda, y por lo que respecta a la segunda que *"el razonamiento jurisprudencial supone una aplicación indubitada de la accesoriedad fideiusoria a las garantías a primer requerimiento apuntando que, desestimadas las pretensiones declarativas del incumplimiento contractual de la entidad deudora principal, ello conduce a la también desestimación de la pretensión contra la entidad que otorgó la garantía, «en esencia significativa de fianza solidaria»"*. Vid. además, comentando a las mismas, DÍAZ-MORENO, "Las garantías a primer requerimiento", pp. 639-641, sistematizando las estipulaciones más frecuentes que aparecen en las garantías a primer requerimiento. En particular, el profesor Díaz-Moreno se refiere, en primer lugar, a la calificación que otorgan las partes a la relación jurídica: fianza (implicaría accesoriedad), aval (denotaría falta de accesoriedad) o garantía (carácter neutro); en segundo término, se refiere a la referencia que realicen las partes a la relación subyacente, que en realidad es poco relevante ya que casi todas las garantías hacen referencia a ella; sí, por último, considera sumamente relevante la renuncia del garante a cualquier tipo de excepción que pudiera derivarse del contrato base.

acuerdo en torno al contenido de la institución, de tal forma que sería suficiente indicar que se trata de una garantía independiente o de una carta de crédito contingente para que automáticamente tuviesen entrada las características propias de esta figura. Todo ello, por supuesto, sin necesidad de mencionar el régimen detallado que las ISP ofrecen para la carta de crédito contingente.

Otro aspecto que conviene destacar es el relativo a la práctica española consistente en la prestación de garantías mediante seguros de caución. Como se sabe, en el derecho español, las primeras sentencias que se refirieron a las cláusulas a primera demanda, lo hicieron, bien para negar, bien para aceptar, las mismas en el ámbito de contratos de seguro de caución (31), cuya naturaleza jurídica resulta discutida (32). No obstante, la jurisprudencia y la doctri-

(31) Vid. STS de 21 de abril de 1989 (RA 3248), y un temprano ejemplo en la jurisprudencia lo encontramos en la STS de 14 de noviembre de 1989 (RA 7878), que es una de las primeras decisiones que reconocen la autonomía de la voluntad en esta materia. En este caso se quería garantizar la ejecución de un contrato de obra con suministro, para lo cual el constructor-suministrador (Stein) suscribió con la Compañía Crédito y Caución una póliza de seguro en favor del dueño de la obra-suministrado (Librisur). El último para hacer efectiva la garantía había de cumplir con las condiciones notificadas, a saber: simple petición de la cantidad (siempre que no excediese del límite pactado) realizada dentro del plazo fijado, sin restricción de ningún tipo, siendo además la garantía irrevocable. El tribunal, examinando la relación que mediaba entre las partes, indicó que es claro que no es una fianza sino algún otro tipo de garantía exigible en las condiciones pactadas, amparada en el principio de autonomía de la voluntad, y parecida al crédito documentario. El art. 5.1.a) de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1995 prohíbe a las entidades aseguradoras que presten garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora. El antecedente de este precepto en la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 1984 en conjunción con el art. 68 de la Ley del Contrato de Seguro fueron la base para fundar un recurso de casación por parte de la entidad garante de un aval a primer requerimiento. El TS en la sentencia de 30 de marzo de 2000 (Actualidad Civil, núm. 32, 4-10 de septiembre de 2000, pp. 2087-2088) en una interesantísima decisión atenta a un resultado equitativo y desquitando su interpretación de elementos dogmáticos señala que en el caso en cuestión lo que se pactó fue un aval a primer requerimiento y que no se infringieron los preceptos mencionados, y aunque se hubiesen infringido no llevaría consigo la nulidad del aval. Idénticas consideraciones en la STS de 5 de julio de 2000 (RA 6010). Ambas sentencias que involucran a las mismas partes siguen la conocida STS de 27 de octubre de 1992.

(32) Vid. CERDA OLMEDO, "Garantía independiente", pp. 86-88 y pp. 215 y ss., al hilo del comentario de las SSTS de 21 de abril de 1989 y 14 de noviembre de 1989; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía,* pp. 124 y ss., en relación también con el seguro de crédito, para quien la distinción entre el contrato de seguro de caución (o aval) y el contrato de garantía es doble: por la consideración subjetiva del garante, en un caso es un asegurador, y en otro un banco; y, por otro, por la normativa, ya que el seguro de caución aparece tipificado como una modalidad del contrato de seguro; Francisco VICENT CHULIÁ, "Introducción al estudio de las garantías personales en el ordenamiento español", *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil.* Tomo I. *Parte General y Garantías Personales.* Coordinación: Ubaldo Nieto Carol y José Ignacio Bonet Sánchez. Madrid,

na [33], finalmente, han terminado por admitir que se den obligaciones de garantía por medio de seguros de caución, que incorporan cláusulas a primera demanda, sin que ello suponga desnaturalizar al contrato como contrato de seguro y, por tanto, sin que se transforme en un contrato autónomo de garantía (SSTS de 30 de marzo de 2000, 5 de julio de 2000, 13 de diciembre de 2000 [34] y 12 de julio de 2001).

Civitas, 1996, pp. 384-387, refiriéndose también al seguro de crédito; M.ª Pilar BARRES BENLLOCH, *Régimen Jurídico del seguro de caución,* Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 51-52, que lo califica como contrato de seguro.

Javier CAMACHO DE LOS RÍOS, "Reglas Uniformes de la CCI para fianzas contractuales", Revista Española de Seguros, julio-septiembre, 1994, núm. 79, pp. 16-17, ha puesto de relieve cómo las URDG satisfacían a los bancos y no a los aseguradores, así como el hecho de que cuando los aseguradores prestan garantías a través de seguros de caución y crédito, dichas garantías son en última instancia contratos de seguro, donde el riesgo cubierto es el incumplimiento. Por ello, es lógico que a los aseguradores sí les interese determinar si el siniestro ha tenido lugar, por lo que el autor concluye que los aseguradores no son tan partidarios de las garantías a primera demanda y sí de las tradicionales garantías accesorias. Por ello, la CCI redactó las Reglas Uniformes para fianzas contractuales, publicación núm. 524 CCI, que comenta el autor citado. Vid. también un análisis de dichas Reglas en: Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Pilar BLANCO-MORALES, *Las garantías contractuales (Fianza, garantías autónomas y cartas de patrocinio en el comercio internacional)*, Capítulo VIII, "Contratos internacionales", Directores: Alfonso Luis Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gándara, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 1197-1200.

(33) CAMACHO DE LOS RÍOS, "Interpretación de las cláusulas", pp. 415 y ss.; José Miguel EMBID IRUJO, "Naturaleza jurídica del contrato de seguro de caución en ejecución de contrato de obra (Comentario a la STS de 5 de junio de 1992 (Civil), Arz. 1992/5002)", CCJC, 1992, núm. 29, pp. 761 y ss., aunque indicando que aun cuando exista causa de garantía, no puede sin más excluirse de raíz la aplicación de las normas del contrato de seguro; e INFANTE RUIZ, "Valor de la cláusula", pp. 159-160.

(34) Esta sentencia se ocupa extensamente de los contratos de seguro de caución con cláusula a primera demanda. Se trata, efectivamente, de un contrato de seguro de caución por el que se extiende un aval-caución a primer requerimiento, con renuncia expresa a los beneficios de orden, división y excusión. Se refiere el litigio a un contrato de promesa de compra-venta, donde el comprador garantiza al vendedor, mediante la suscripción del mencionado contrato de seguro de caución, el riesgo de su incumplimiento, esto es, su incomparecencia en la fecha señalada al otorgamiento de la escritura de compraventa. Producido el siniestro-incumplimiento, el vendedor reclama al avalista según los términos del acuerdo la cantidad de 500.000.000 de pesetas, negándose éste al pago. Consecuentemente, la compradora demanda al avalista y al vendedor. El TS acepta la calificación del contrato como seguro de caución, punto éste que es aceptado por las partes, y examina el aval a primer requerimiento pactado por las partes, admitiendo su pleno reconocimiento doctrinal y jurisprudencial, así como sus caracteres fundamentales: función garantizadora; operatividad independiente del contrato que garantiza; la inoponibilidad de excepciones del garante frente al beneficiario; la simple reclamación sin necesidad de prueba del incumplimiento; y el deber cuasi-automático de pago. Obligación que se modula por el principio de buena fe que prohíbe el enriquecimiento injusto, lo que implica que el garante, en caso de contienda judicial, ha de probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación, *"produciéndose así una inversión de la carga de la prueba, ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal"*.

2. La garantía independiente y la carta de crédito contingente: ¿figuras análogas o diferentes?

Hasta el momento nos hemos referido de forma casi exclusiva a la garantía independiente, por ser esta nomenclatura la más utilizada por la doctrina y jurisprudencia españolas. La denominación garantía independiente es asimismo la escogida por la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes (y carta de crédito contingente) de 1995 para referirse a la garantía bancaria abstracta a simple demanda o a primer requerimiento típica del derecho continental, mientras que la denominación carta de crédito contingente viene a ser una traducción de la *standby letter of credit* típica del derecho estadounidense [35]. En este sentido, se destaca en el Prólogo a la edición en castellano de las ISP que se espera que con dicho texto se contribuya a normalizar la traducción de los términos *standby* y *standby letter of credit*, respectivamente por crédito contingente (*standby*) y carta de crédito contingente (*standby letter of credit*). Se resalta, asimismo, la variada terminología que se utiliza al efecto: crédito *standby*, crédito de apoyo, crédito de garantía, crédito de respaldo o crédito disponible. A esta variedad terminológica se une el que las partes adolecen de precisión al denominar a este tipo de promesa. Así, por ejemplo, se detecta en la práctica estadounidense la utilización de las expresiones "letter of credit", "documentary credit" o "clean letter of credit" [36], mientras que en la práctica española se utiliza la de "aval a primer aviso" (STS de 27 de octubre de

---

Vid., además, en la doctrina: CAMACHO DE LOS RÍOS, "El seguro de caución", pp. 140-141; BARRES BENLLOCH, pp. 113 y ss., reiterando que en esencia la figura no es una garantía a primera demanda, sino un contrato de seguro con fines de garantía; y p. 119, donde entiende que cuando el seguro es en interés propio, las compañías de seguro podrán ofrecer otros servicios de garantía en forma de seguro pero distintos del seguro de caución, que debe, en su opinión, limitarse a los seguros en interés ajeno.

[35] Por su parte, las URDG denominan a la garantía independiente como garantía a primer requerimiento (*Demand Guarantee*).

La doctrina, por su parte, también denomina a la carta de crédito *standby* como crédito documentario de garantía (FERNÁNDEZ-ARMESTO, "Los créditos documentarios irrevocables", pp. 23-24; y SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE, "El contrato autónomo de garantía", p. 111).

[36] Vid. el Comentario Oficial al artículo 1.01 ISP, núm. 8, y núm. 9, p. 4. El comentario también señala que a lo largo del mismo se evita el uso del término "documentary letter of credit", ya que es ambiguo al aplicarse igualmente a las *standby* documentarias y a los créditos documentarios sujetos a las RUU. Para referirse a éste, se prefiere el de "commercial letter of credit", evocando así el título original de la versión de las RUU de 1933 (*Uniform Customs and Practice for Commercial Documentary Credits*) y que fue acortado en la versión de 1962. Por otra parte, el prefacio de las ISP utiliza la denominación crédito contingente comercial (*commercial standby*) para referirse al crédito que respalda la obligación del solicitante de pagar por mercancías o servicios si no se pagan mediante otro sistema.

1992) o "aval a primer requerimiento" (SSTS de 30 de marzo de 2000 y 5 de julio de 2000). Las Reglas [art. 1.01.b) ISP] reconocen esta circunstancia y así establecen que se someterá a ellas toda carta de crédito contingente o cualquier otra promesa semejante*, como quiera que se nombre o se describa*.

Las garantías autónomas suelen clasificarse en función de su forma de reclamación como garantías a primera demanda —llamadas no documentarias, ya que basta con la presentación de una demanda de pago para hacer efectiva la garantía— y garantías condicionadas o documentarias, que requieren la presentación de determinados documentos que traslucen un cierto valor comercial. Ambas son garantías independientes en cuanto que la nota de la independencia o abstracción se aplica a ambos tipos. Más aún, todas son garantías a primera demanda, ya que el banco se obliga a pagar a la primera solicitud del beneficiario. La diferencia, que debe desaparecer y por tanto no ser relevante, reside, según la doctrina, en que la reclamación quede sujeta a la presentación de más o menos documentos [37]. Se distingue, así, entre aquellas garantías a simple demanda que únicamente exigen un requerimiento de pago ("págueme"), de aquellas otras que además requieren una declaración de incumplimiento ("págueme, ya que el vendedor ha entregado mercancías defec-

[37] SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El contrato autónomo de garantía", pp. 73-76, se refiere a una triple clasificación de la garantía según su forma de reclamación, que reduce posteriormente a una doble categoría: garantías a primera demanda (también llamadas automáticas, a primera solicitud o incondicionadas) y garantías condicionadas. Por su parte, CERDA OLMEDO, "Garantía independiente", p. 25, y pp. 108 y ss., siguiendo a Bellis y Paulet, habla de tres tipos de garantías: accesorias (cuyo pago se vincula a la verificación del incumplimiento del deudor de la relación jurídica subyacente), documentarias (su pago se vincula a la presunción, apoyada en documentos, de que la prestación garantizada no ha sido ejecutada), y automáticas, independientes o a primera demanda (su pago se vincula a la simple declaración de voluntad del beneficiario de la garantía). En su opinión, la primera se encuadraría en el régimen de la fianza. También Alberto DÍAZ-MORENO, "Las garantías a primer requerimiento (Garantías a primera demanda) (Primer análisis de algunas cuestiones a la luz de las URDG de la ICC y del Proyecto de Convención de Naciones Unidas sobre garantías independientes)", Ponente General: Fernando Sánchez Calero. Madrid, Fundación BBV y Civitas, 1996, p. 126, las clasifica en garantías a simple requerimiento (basta con la mera presentación escrita de una reclamación de pago), a demanda justificada o motivada (la demanda de pago se ha de acompañar de una declaración escrita del beneficiario en la que se haga constar en qué consiste el incumplimiento del deudor principal), y la garantía *stricto sensu* documentaria (*standby letter of credit*), donde la reclamación ha de venir acompañada de ciertos documentos que, al menos *prima facie*, resultan un índice fiable de que se ha producido el incumplimiento de la obligación garantizada. Por último, véase James-Otis RODNER, *El crédito documentario (La carta de crédito comercial, la carta contingente (standby) y la garantía bancaria independiente),* Caracas, Editorial Arte, 1999, 2.ª ed., pp. 818-819, quien distingue entre garantía a primera demanda, documentaria y aquella que queda sujeta a laudo arbitral.

tuosas") [38] o que exigen la entrega de otros documentos diferentes que aseveren dicho incumplimiento, por ejemplo, una sentencia judicial o un laudo arbitral, o bien un certificado emitido por un tercero. Mientras que las primeras facilitan al banco su labor de examen, la última requiere del banco que verifique la conformidad del documento o documentos aportados con las condiciones establecidas en la garantía.

Pues bien, el criterio de distinción entre garantías documentarias y no documentarias debe desaparecer, fundamentalmente porque aunque la garantía exija únicamente una simple demanda de pago, ésta no deja de ser un documento [39]. Asimismo, opinamos que los términos garantía a simple demanda, o a

---

[38] En el bien entendido que el crédito no exige al emisor que pague al beneficiario por el incumplimiento (condición no documentaria), sino porque en el crédito se exige que el beneficiario presente un documento donde se establezca que el solicitante ha incumplido sus obligaciones de entrega derivadas del contrato de compraventa.

[39] Se entiende así que en el derecho estadounidense la garantía autónoma o independiente no adopte dicha denominación sino la de carta de crédito *standby*, puesto que se disimula documentariamente la prohibición que existía para los bancos estadounidenses de emitir garantías, ya que se entendía como un acto *ultra vires*. La regla actual que aparece en 12 CFR 7.1016(a) se debe a la autoridad bancaria supervisora: Comptroller of the Currency Interpretative Ruling (61 Fed.Reg. 4865, 9 febrero 1996), y dice lo siguiente: *"a) General authority. A national bank may issue and commit to issue letters of credit and other independent undertakings within the scope of the applicable laws or rules of practice recognized by law"*. En una nota a pie de página se citan, entre otras, como ejemplos de Leyes o Reglas el Artículo 5 UCC, los RUU, y la CNUGICCC. Una excelente descripción de esta cuestión en Boris KOZOLCHYK, *El crédito documentario en el derecho americano. Un estudio comparativo,* Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1973, pp. 735 y ss.; y DOLAN, *The Law of Letters of Credit,* §12.03. Nótese que el precepto se refiere a los bancos nacionales pero no a los estatales. No obstante, como señala Egon GUTTMAN, "Bank Guarantees and Standby Letters of Credit: moving toward a uniform approach", Brooklyn Law Review, 1990, núm. 56, pp. 171-172, las legislaciones estatales también han ido suprimiendo la prohibición. Véase el prólogo a la edición en castellano de las ISP 98, donde además se indica que el uso creciente de este tipo de crédito más allá de las fronteras norteamericanas lo ha convertido en un producto internacional con identidad propia; y Roeland F. BERTRAMS, "Bank Guarantees in International Trade. The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and Common Law Jurisdictions", ICC Publishing an Kluwer Law International, 1996, 2.ª ed., p. 4.

Esta prohibición no era exclusiva del derecho estadounidense, ya que también se da en algunos países latinoaméricanos: véase SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El contrato autónomo de garantía", p. 112, quien, por cierto, critica esta instrumentación del crédito documentario en las RUU 500. Precisamente dicha prohibición existe en México y en Colombia. En México, se utiliza la carta de crédito *standby* y se evita la utilización del término garantía ya que las instituciones de crédito tienen la prohibición expresa de otorgar fianzas o cauciones; otra de las razones por las que se utiliza la carta de crédito *standby* es por las frecuentes relaciones de corresponsalía entre los bancos mexicanos y estadounidenses (Javier ARCE GARGOLLO, Ponencia nacional (México), en *Las garantías a primer requerimiento (Garantías a primera demanda),* Ponente General: Fernando Sánchez Calero. Madrid, Fundación BBV y Civitas, 1996, pp. 102-103. Vid. también: Ramón E. MADRIÑAN DE LA TORRE, en la misma obra, p. 152, y pp. 156-157, donde, además, aboga por el carácter consuetudinario de las RUU.

primer requerimiento (y también el de garantía bancaria) son sinónimos por lo que se utilizarán indistintamente en este trabajo [40]. Del mismo modo, no puede decirse que existan diferencias sustanciales entre aquellas y la carta de crédito *standby* o carta de crédito contingente, tal y como se evidencia del hecho de que UNCITRAL ha conseguido unir ambas figuras bajo un mismo manto jurídico [41], si bien conservando la doble y diversa denominación europea y estado-

---

[40] Rechazamos la utilización de aval a primer requerimiento o fianza a primera demanda o incondicional, ya que pueden prestarse a confusión (también en este sentido: Miguel CERDA OLMEDO, "El aval a primer requerimiento", Derecho de los negocios, 1990-1991, p. 405; y CARRASCO PERERA, "Fianza, accesoriedad", pp. 21-23, que se refiere también a otras denominaciones, que también rechaza, como garantía incondicional o abstracta, optando finalmente por las de garantía autónoma, garantía pura o independiente). Precisamente, en relación con este particular, el artículo 1.10.a) i) ISP indica que en el crédito contingente no se debería o no es necesario especificar que es incondicional o abstracto, y si se hace, significa meramente que el pago a su amparo está condicionado a la sola presentación de determinados documentos.

Para las diferencias entre el aval y la garantía independiente: CERDA OLMEDO, "Garantía independiente", pp. 82-86; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El contrato autónomo de garantía", pp. 132-133; VICENT CHULIÁ, "Introducción al estudio de las garantías personales", pp. 383-384; y entre el aval y la fianza: Ramón VÁZQUEZ GARCÍA, "Garantías en la contratación bancaria (I). Garantías personales. La contragarantía", en *Contratos bancarios y parabancarios,* dirigido por Ubaldo Nieto Carol, Valladolid, Lex Nova, 1998, pp. 1231 y ss.

[41] El enlace entre ambas instituciones se realiza mediante la utilización de la palabra promesa. La definición de lo que constituye una promesa en el art. 2.1 de la Convención puede considerarse como uno de los mejores logros del texto, no sólo porque aúna a las dos figuras mencionadas, sino porque mediante su definición se comprende perfectamente la esencia de la institución: *"Para los fines de la presente Convención, una promesa es una obligación independiente, conocida en la práctica internacional como garantía independiente o carta de crédito contingente, asumida por un banco o alguna otra institución o persona (garante/emisor), de pagar al beneficiario una suma determinada o determinable a su simple reclamación o a su reclamación acompañada de otros documentos, con arreglo a las cláusulas y cualesquiera condiciones documentarias de la obligación, donde se indique, o de donde se infiera, que el pago se debe en razón de la omisión en el cumplimiento de una obligación, o por otra contingencia, o por dinero prestado o adelantado, o a raíz de una deuda vencida contraída por el solicitante o por otra persona"*. Vid. asimismo la Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI de la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente, que no es un Comentario Oficial, §2, indicando que *"La Convención confirma asimismo el reconocimiento de los principios y rasgos básicos que comparten uno y otro instrumento. Por razón del carácter común del régimen establecido para las garantías independientes y las cartas de crédito contingente y para superar las posibles divergencias de terminología existentes, la Convención se vale del término neutro de «promesa» para designar uno y otro tipo de obligación documentaria"*. Vid. además los párrafos 3, 4, 5 y 6.

Las ISP, por contra, han decidido no dar una definición de la *standby letter of credit* o de lo que se entiende por promesa. La razón es que la distinción entre lo que es un crédito documentario (*commercial letter of credit*) y un crédito *standby* no es precisa (Comentario Oficial a la sección 1.01 ISP, núm. 3, p. 2).

unidense [42]. Por su parte, si bien la reciente regulación de las ISP adopta la nomenclatura estadounidense (*standby*-créditos contingentes), bajo su normativa cae tanto la garantía independiente europea, como la *standby* [43]. Las ISP consiguen esa unificación mediante la distinción entre la *standby letter of credit* (carta de crédito contingente) y la *standby* (crédito contingente), que es cualquier promesa sujeta a las ISP [44]. En cualquier caso, debe notarse que tanto en la forma (estructura) como, en ocasiones, en la práctica bancaria existen diferencias entre las figuras indicadas. Un ejemplo nos lo proporciona la utilización de la contragarantía —frecuente en el ámbito de las garantías independientes— frente a la práctica del crédito contingente, donde se acude a la figura del confirmador.

---

(42) Vid. también, abogando por la identidad, el Comentario Oficial a la sección 1.101 ISP, núm. 2, pp. 1-2; el Comentario Oficial a la sección 5-102 UCC, núm. 6, indicando que *"certain documents labelled «guarantees» in accordance with European (and occasionally, American) practice are letters of credit"* (añadimos, *standby letters of credit*), y a la sección 5-103 UCC, núm. 1.

Entre la doctrina se entiende que existe identidad, aunque se resaltan algunas diferencias. Véase con más detalle: Clive M. SCHMITTHOFF, "Schmitthoff's Export Trade", The Law and Practice of International Trade, Londres, Stevens & Sons, 1990, p. 430; HORN y WYMEESRSCH, 1990, p. 4; GOODE, "Guide to", pp. 7, 8 y 16; GUTTMAN, p. 175; RODNER, pp. 805-808; BERTRAMS, p. 6; DE LY, "The UN Convention", pp. 832-833; DOLAN, "Analyzing", p. 1873; id., "The Law of Letters of Credit", §2.03[2], y §4.01[4]; A.N. OELOFSE, "The Law of Documentary Letters of Credit in Comparative Perspective Pretoria: Interlegal", 1997, pp. 61-62; DÍAZ-MORENO, "Los trabajos de UNCITRAL", pp. 165-172, espec. p. 170 donde aprecia, sin embargo, las diferencias; id. "Nota introductoria acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente". RDBB, 1996, núm. 64, pp. 1016 y ss.; Jean-Laurent ANGLADE, "Droit et Pratique de la Lettre de Crédit Standby", París, Litec, 2000, pp. 29-35; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El contrato autónomo de garantía", p. 114; Miguel CHECA MARTÍNEZ, *El crédito documentario en el Derecho del Comercio Internacional,* Madrid, Eurolex, 1994, pp. 85-86; y Guillermo PALAO MORENO, "Actividades de la CNUDMI (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) en torno a la elaboración de una Ley Modelo en materia de Cartas de Crédito Contingente y Garantías", RGD, julio-agosto 1991, núm. 562-563, pp. 5831-5833.

(43) Así el artículo 1.º 1.b) ISP indica que las mismas se aplican a toda carta de crédito contingente o cualquier otra promesa semejante, como quiera que sea su nombre o se describa, que se someta a ellas. Nótese que se habla del sometimiento de cualquier carta de crédito contingente o de otra promesa semejante, esto es, independiente. Con esto, como señala el Prefacio ISP, se evita la tarea, poco práctica y a menudo imposible, de identificar y distinguir los créditos contingentes tanto de las garantías independientes como, en muchas ocasiones, de las cartas de crédito comerciales. Así también de acuerdo WUNNICKE y TURNER, §2.08 [A], p. 2-57, que entienden que la garantía a simple demanda o a primer requerimiento europea es funcionalmente similar a la *clean letter of credit*, y que en general la garantía bancaria internacional (*international bank guarantee*) es esencialmente idéntica a la *standby letter of credit*.

(44) Comentario Oficial a la sección 1.01 ISP, núm. 3, p. 2.

Debe resaltarse, por otra parte, que la carta de crédito *standby*, pese a la apariencia de ser un crédito documentario —instrumento de facilitación del pago—, es realmente una garantía —se garantiza el pago de una suma de dinero— [45], por lo que pese a la diversa estructura, la funcionalidad es la misma. Precisamente en esta diferencia reside también su diverso funcionamiento: el crédito documentario presupone generalmente un cumplimiento por parte del ordenante de sus obligaciones, mientras que las garantías independientes presuponen generalmente su incumplimiento [46]. Ahora bien, debido a que el nacimiento de la *standby* estaba ligado a la prohibición ya mencionada para los bancos estadounidenses de emitir avales y garantías en favor de sus clientes, por lo que se enmascaraban éstas como créditos documentarios, la *standby* también se utilizó como instrumento de pago. Efectivamente, tanto la *standby* comercial de pago directo, como la *standby* financiera se utilizan no como forma de garantizar una deuda, sino como medio de pago de operaciones co-

---

(45) Esta diferencia es apreciada por la generalidad de la doctrina, véase por ejemplo: CERDA OLMEDO, "Garantía independiente", p. 51, y pp. 74 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía,* pp. 109-110; ALCALA DÍAZ, "Garantías bancarias a primera demanda", p. 241, y pp. 269-270; Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Medios de pagos internacionales" (capítulo V). *Contratos internacionales.* Directores: Alfonso Luis Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gándara, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 751-752; José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS (editor), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, p. 363; INFANTE RUIZ, "Crónica jurisprudencial", pp. 438 y 449-450.

Antonio TAPIA HERMIDA, "Naturaleza jurídica e independencia o abstracción del crédito documentario. El deber del banco emisor de examinar los documentos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 14 de marzo de 1989". RDBB, julio-septiembre 1989, núm. 35, pp. 621-625, en relación con la carta de crédito *standby*, sostiene que se mantiene dentro de la estructura unitaria del crédito documentario; se trata de, dice, *"una modalidad de garantía en sentido amplio, no técnico; es una carta de crédito en la que desaparece su función ejecutiva para manifestarse únicamente su función aseguradora o garantizadora"*.

(46) Vid. Boris KOZOLCHYK, "The Emerging Law of Standby Letters of Credit and Bank Guarantees", Arizona Law Review, 1982, vol. 24, núm. 2, pp. 320-324; WUNNICKE y TURNER, §2.04, p. 2-8; James G. BARNES, James E. BYRNE, y Amelia H. BOSS, "The ABCs of the UCC. Article 5: Letters of Credit". Section of Business Law, American Bar Association, 1998, p. 9; DÍAZ MORENO, "Los trabajos de UNCITRAL", pp. 167-168; Robert J. VAN GALEN, "Guarantees and Letters of Credit: Avoiding Risks", 2001 Annual Survey of Letter of Credit Law & Practice. Editors: James E. Byrne y Christopher S. Byrnes. Institute of International Banking Law & Practice, Inc., 2001, pp. 152-156; y la Opinión oficial de la CCI R303: *"A standby imports the notion of default only to the extent that it requires presentation of a document evidencing default"*.

Nótese que también del crédito documentario se predica una función no exclusiva en relación al pago sino también de garantía: véase por ejemplo STS de 13 de octubre de 1987 (sala de lo penal): *"se trata de una modalidad de garantía especialmente eficaz del cumplimiento de una obligación"*; y STS de 14 de marzo de 1989.

merciales (función solutoria) [47]. De esta forma la carta de crédito *standby* no asume únicamente una función de garantía sino también de pago.

Ello es particularmente importante porque esa doble función no ha sido advertida suficientemente por la doctrina —ni por la jurisprudencia como se deriva de la reciente STS de 10 de noviembre de 1999— [48] por lo que conviene recalcar que la *standby* es una promesa de pago contra la presentación de documentos, ya sea porque resulta de un incumplimiento (función de garantía) o de una obligación de pago (función liquidatoria). Desde esta perspectiva, la forma más sencilla de entender la función que la *standby* regulada por las ISP desempeña es atender exclusivamente a su finalidad desvinculada de la relación subyacente: el emisor habrá de pagar el importe del crédito cuando se le reclame oportunamente, independientemente de que la *standby* haya nacido para garantizar el cumplimiento de la relación subyacente o como medio de pago de la misma. Es, por tanto, esa función de liquidez inmediata o cuasi-inmediata que proporciona la *standby* lo que evidencia, junto a la nota de independencia, su éxito y utilización en el tráfico.

---

[47] Así lo reconoce también la Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI a la CNUGICCC, §8; y el Comentario Oficial al art. 1.01 ISP, núm. 7, p. 3; y también agudamente un pequeño sector de la doctrina española, que así lo ha entendido: DÍAZ MORENO, "Los trabajos de UNCITRAL", p. 168: *"Pero ello no impide, desde mi punto de vista, que la carta de crédito standby pueda ser considerada como una carta de crédito"*; TAPIA HERMIDA, "La carta de crédito standby", pp. 1064-1068, haciendo referencia a la versatilidad de la figura; y CHECA MARTÍNEZ, pp. 75-77. Vid. también en la comparada: ANGLADE, pp. 36 y ss.; y RODNER, pp. 710 y ss., con especial referencia al crédito contingente de pago directo. Fundamental es en este sentido el estudio de Boris KOZOLCHYK, "The Financial Standby: A Summary Description of Practice and Related Legal Problems", Uniform Commercial Code Law Journal, 1996, vol. 28, pp. 331-332.

[48] Esta sentencia, con razón, ya ha recibido dos comentarios críticos, especialmente por lo que respecta al análisis que realiza el tribunal de la revocación del mandato conferido por el ordenante al emisor; ordenante que entró posteriormente en quiebra. Vid. Alberto DÍAZ MORENO, Derecho de los negocios, junio 2000, pp. 30-33; y María Jesús GUERRERO LEBRÓN, "Sentencia de 10 de noviembre de 1999", CCJC, abril-septiembre 2000, marginal número 1435, pp. 499-512. De la sentencia interesa destacar que el tribunal afronta tímidamente la distinción entre la garantía independiente y el crédito documentario sin percibir la existencia de la carta de crédito contingente. De hecho, en nuestra opinión, en el supuesto planteado se está en presencia de un crédito contingente de pago directo definido en el Preámbulo de las ISP como aquel que respalda el pago debido de una obligación de pago subyacente sin referencia a un incumplimiento (califica el supuesto de simple comisión de pago MARIMÓN DURÁ, "Consolidación de la jurisprudencia", p. 1914). Destaca, en segundo lugar, el pésimo entendimiento del tribunal de los principios básicos que gobiernan a estas instituciones, ya sea garantía independiente, ya crédito contingente o documentario; concretamente el principio de independencia (que por cierto GUERRERO, p. 508, considera como costumbre) y el de irrevocabilidad; aspectos que han sido fundadamente criticados por los comentaristas reseñados.

3. Régimen Jurídico

A la diversidad de denominaciones resaltada en el apartado anterior se corresponde un diverso régimen jurídico, y ello no tanto por cuestiones de fondo o de funcionalidad de la institución, que no las hay, como por la necesidad, de un lado, de ofrecer a los particulares un régimen jurídico adecuado para la garantía independiente —régimen que era hasta hace poco inexistente—, como de dotar a los Estados de un texto jurídico uniforme de vocación internacional [49]. Es importante resaltar tanto el diverso origen de las normas —CCI y UNCITRAL— como su diverso alcance —normas contractuales y tratado internacional—, lo que, junto con la coordinación existente entre las diversas instituciones implicadas, hace desaparecer un hipotético aspecto competencial, máxime ahora que la razón subyacente a este "marketing normativo" —diversidad de reglas para una misma figura jurídica— ha desaparecido —derogación de la prohibición para los bancos estadounidenses de emitir garantías—. Ello plantea una interesante cuestión acerca del futuro jurídico de las garantías independientes y de la Convención de UNCITRAL: ¿seguiremos contando con dos denominaciones y estructuras diferentes para regular obligaciones de garantía, o la estructura y denominación de la *standby* prevalecerá sobre la de la garantía independiente?

En cualquier caso, sí resulta curioso señalar que en el ámbito de la CCI nos encontramos con varios textos que se hacen la competencia: las publicaciones núm. 458 (Reglas Uniformes de la CCI Relativas a las garantías a primer requerimiento de 1992) [50], núm. 500 (Reglas y Usos Uniformes relativos a los crédi-

---

[49] Nótese que todos los instrumentos normativos que se examinarán en este trabajo se engloban bajo el manto del Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI) o Derecho Mercantil Internacional, esto es, derecho substantivo (no normas de conflicto de leyes) uniforme aplicable a instrumentos de origen y vocación internacional. Véase acerca del DUCI el interesante trabajo de Rafael ILLESCAS ORTIZ "El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su sistemática", RDM, 1993, núm. 207, pp. 37-91; particularmente en el ámbito concreto de las garantías: DÍAZ MORENO, "Los trabajos de UNCITRAL", pp. 163-165, analizando las razones de alcance y oportunidad del entonces Proyecto de UNCITRAL sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente; y Norbert HORN, "Die UN-Konvention über unabhängige Garantien", RIW, september 1997, vol. 9, núm. 43, pp. 717-723, donde mantiene que la CNUGICCC es un elemento más de la *Lex Mercatoria*.

[50] Vid. Preámbulo URDG, donde, además, se señala que los créditos *standby* entran desde el punto de vista técnico en la definición de garantías a primer requerimiento, aunque se prevé que los emisores de créditos "*standby*" continuarán sirviéndose de las RUU, que son más detalladas y mejor adaptadas a las necesidades particulares de tales créditos.

DOLAN, "Analyzing", pp. 1874-1875, apunta que las URDG fueron redactadas fundamentalmente desde una perspectiva europea y por bancos europeos, por lo que cuando se redactaron las RUU se incluyó a las *standby.* Finalmente, el sector bancario ha estimado que las RUU no son adecuadas para regular a la carta de crédito *standby;* fruto de dicha reticencia son las Reglas de las ISP.

tos documentarios de 1993) [51] y núm. 590 (Usos internacionales relativos a los créditos contingentes-ISP), si bien desde un punto de vista de adecuación de las normas a la realidad, la última será la opción más conveniente para las partes [52].

III. EL ENTRAMADO SUBJETIVO

La estructura típica del crédito contingente —al igual que en el documentario— es triangular: solicitante, emisor y beneficiario, aunque pueden participar otras personas como el confirmante o el presentador [53]. Las Reglas se ocupan de proporcionar una definición de los sujetos que intervienen en la operación, si bien resaltando que dichas definiciones se añaden a las otorgadas por las prácticas bancarias estándar y la legislación aplicable.

---

(51) Las RUU apenas se refieren a la carta de crédito *standby*. El enfoque central de las RUU es el crédito documentario o, como también se denomina en EEUU, la carta de crédito comercial y, por ello, se presta atención a los documentos que se presentarán en dicha transacción, sin que se haga referencia a los que generalmente se presentarán bajo un crédito contingente. Por ello, dichas reglas no resultan ajustadas para los créditos contingentes. La propia CCI al adoptar las ISP claramente da muestras de la inadecuación de las primeras a las RUU. Por otra parte, puede observarse que la escasa atención de las RUU a las cartas de crédito *standby* se produce también en relación con otros documentos publicados por la CCI, por ejemplo: Charles DEL BUSTO, "ICC Guide to Documentary Credit Operations for the UCP 500", ICC Publication, París, 1994, núm. 515, dedica únicamente media página a los créditos *standby* (p. 50). Igualmente en la publicación del mismo autor: "The New Standard Documentary Credit Forms for the UCP 500", ICC Publication, París, 1993, núm. 516, no se hace prácticamente alusión al crédito contingente.

Como disposiciones de las RUU poco adecuadas para las *standby* se citan, entre otras, el art. 41 (DOLAN, "Analyzing", nota 45).

(52) Al amparo del principio de libertad de pacto, un crédito comercial, instrumento que suele someterse a las RUU, podría quedar sujeto a la CNUGICCC o a las ISP. Precisamente, la nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI a la CNUGICCC, §16, reconoce dicha posibilidad, ya por razones de similitud entre la carta de crédito comercial y la contingente, ya porque, en ocasiones, puede resultar difícil determinar si una carta de crédito es contingente o comercial. En todo caso, cuando estemos ante un típico crédito documentario —medio de pago en un contrato de compraventa o suministro—, será más conveniente sujetarlo a las RUU antes que a las ISP (así también BYRNE, ISP 98 & UCP 500, p. 3), sin perjuicio, como reconoce el Comentario Oficial al art. 1.02 ISP, núm. 6, pp. 9-10, de que ciertas reglas de las ISP puedan clarificar ciertas disposiciones de las RUU o, incluso, que puedan servir de modelo para la redacción de cláusulas en el crédito documentario. Asimismo, se advierte que un determinado instrumento podría inadvertidamente quedar sujeto a ambas Reglas. En este caso, si él guarda semejanza con el crédito contingente, las reglas de las ISP prevalecerán.

Acerca de la conveniencia de utilizar las ISP para las cartas de crédito contingente: James E. BYRNE, "Why the ISP Should Be Used for Standbys", Annual Survey of Letter of Credit Law & Practice. Editors: James E. Byrne y Christopher S. Byrnes. The Institute of International Banking Law & Practice, Inc., 2001, pp. 28-30; y ANGLADE, pp. 70 y ss.

(53) En el apartado VI, *infra*, nos ocuparemos más específicamente de las relaciones jurídicas que unen a los participantes en el crédito contingente.

— El solicitante (llamado también así en la CNUGICCC, ordenante en las URDG, cliente u ordenante en las RUU, y *applicant* en el UCC) es la persona que solicita la emisión del crédito contingente. Abarca los supuestos de representación directa e indirecta, y al emisor que actúa por su propia cuenta [54]. Se evidencia, pues, que el solicitante es tanto la persona que inicialmente solicita la apertura —cliente del banco—, como el propio emisor, solicitante a su vez, que pide a un tercero —confirmador-emisor— que emita el crédito en nombre propio pero por cuenta de un tercero (solicitante inicial-cliente), así como también al emisor que actúa por cuenta propia.

— El emisor (garante/emisor en la CNUGICCC, garante bajo las URDG, banco emisor en el RUU, e *issuer* en el UCC) es quien emite el crédito contingente. Curiosamente no aparece su definición en las Reglas aunque sí se indica que la expresión emisor incluye al confirmante, como si éste fuera un emisor diferente y su confirmación fuera un crédito contingente independiente emitido por cuenta del emisor [art. 1.1.c) ISP] [55].

— El confirmante (confirmante en la CNUGICCC, banco confirmador en las RUU y *confirmer* en el UCC) al ser así designado por el emisor, añade a la promesa del emisor su promesa de cumplimiento del crédito contingente [art. 1.09.a) ISP].

— El beneficiario [igualmente así denominado en la CNUGICCC, URDG, RUU y UCC (*beneficiary*)] es la persona designada que ostenta el derecho de disposición al amparo del crédito contingente [art. 1.09.a) ISP]. La expresión beneficiario incluye al beneficiario de la transferencia, esto es, la persona a la que el beneficiario designado haya transferido los derechos de disposición [art. 1.1.c)ii) ISP], es decir, el crédito en su totalidad. Se deduce,

---

(54) El art. 1.09.a) ISP define al solicitante como la persona que solicita la emisión del crédito contingente o por cuya cuenta se emite, e incluye a (i) la persona que lo solicita en nombre propio pero por cuenta de un tercero, o a (ii) un emisor que actúa por su propia cuenta. Vid. de forma similar: art. 2.2 CNUGICCC. El art. 2.4 de la Convención, por su parte, indica que en la promesa se podrá disponer que el garante/emisor sea igualmente el beneficiario cuando actúe a favor de otra persona, lo que cobra relevancia en el campo de las *standbys* financieras, donde el banco emisor es al mismo tiempo un titular fiduciario (*trustee*) (así DÍAZ MORENO, "Nota introductoria", p. 1022). Esta posibilidad cabe también en las ISP, como se evidencia de la definición de solicitante.

Ha de notarse que conforme a la definición indicada solicitante será tanto la persona que solicita la emisión del crédito contingente, como aquella otra que aparezca en el crédito si son distintas. Por ejemplo, señala el Comentario Oficial al art. 1.09 ISP, núm. 3 b), p. 37, que serán considerados solicitantes tanto la compañía matriz que solicita el crédito, pero sin aparecer en él, como la subsidiaria por cuya cuenta se ha solicitado la emisión.

(55) Vid. además artículo 2.02 ISP en relación con las agencias, sucursales u otras oficinas del banco emisor.

además, de las Reglas, aunque no se indique en las definiciones, la existencia de otros sujetos que sustituyen total o parcialmente a la figura del beneficiario en sus derechos y obligaciones. Se trata de:

— el beneficiario de la transferencia por ministerio de la Ley (artículo 6.11 ISP; *successor of a beneficiary* en el UCC), esto es, en sentido amplio, el sucesor legal del beneficiario, a quien, en consecuencia, se le transfiere *ministerio legis* el crédito en su conjunto.

— el cesionario de la suma a cobrar (artículo 6.06 ISP): persona que ostente la cualidad de cesionario de la suma a cobrar, esto es, la persona a la que se cede únicamente el derecho del cobro del importe del crédito contingente.

— El presentador (*presenter* en el UCC) es la persona que realiza una presentación, como beneficiario o persona designada, o en su nombre [art. 1.09.a) ISP].

— El notificador (banco avisador y *adviser* en el UCC) (56). Este sujeto no aparece definido en las Reglas, si bien de su articulado se deduce que es la persona designada en el crédito contingente para notificar (avisar) al beneficiario la apertura de un crédito a su favor. El artículo 2.05 sí indica las obligaciones principales que derivan de dicho deber de notificar.

— El designado (banco designado en las RUU y *nominated person* en el UCC). Si bien la función de este sujeto no aparece en las definiciones de las ISP, el artículo 2.04 se ocupa de la designación. Se entiende que en el crédito contingente puede designarse a una persona para notificar, recibir una presentación, efectuar una transferencia, confirmar, pagar, negociar, contraer una obligación de pago diferido o aceptar un instrumento de giro. Se trata, en consecuencia, de un término amplísimo que engloba a parte de los sujetos ya mencionados que pueden participar en la estructura del crédito contingente. Para que una persona ocupe dicha posición es necesario que aparezca así nominado en el crédito y que acepte su cometido [art. 2.04.b) ISP].

Es preciso indicar que cuando un banco no aparece como nominado en el crédito, pero se compromete a la compra, con o sin recurso, de los documentos que se le presenten, dicho banco no asumirá la posición de confirmador bajo las Reglas de las ISP, y, por tanto, asume una promesa bajo su responsabilidad. Esta

(56) *Adviser* es definido en la sección 5-102 UCC como la persona que a petición del emisor o del confirmador u otro avisador, notifica o solicita a otro avisador que notifique al beneficiario que el crédito documentario se ha emitido, confirmado o modificado.

promesa será una promesa independiente que vincula al banco promitente y que podría estar regulada por las Reglas que se comentan si queda sometida a ellas [57].

Efectivamente, en este caso el banco designado tiene el encargo de negociar con el crédito, esto es, con los documentos del crédito; situación que es diferente de aquellas en que el crédito indica que la persona designada ha de cumplir por negociación [58]. En este caso, el crédito contingente permite la negociación de los documentos del crédito —instrumentos de giro principalmente—, en cuyo caso el negociador habrá de pagar el importe reclamado a la vista y sin recurso [art. 2.01.c) ISP] y tendrá el derecho a ser reembolsado por el emisor o, en su caso, confirmador [59].

IV. CLASES DE CRÉDITO CONTINGENTE

Los créditos contingentes se clasifican generalmente en función de la obligación que garantizan, de tal forma que las clases se articulan en torno a la relación subyacente, aunque también se realiza en función a otros factores no relacionados estrictamente con los términos y condiciones del crédito contingente [60]. En particular, resulta bastante completa la clasificación que se ofrece en el prefacio a las ISP, donde, sin embargo, se advierte que carece de significa-

---

(57) Vid. Comentario Oficial al art. 2.01 ISP, núm. 9.c), pp. 66-67.

(58) Con todo, el Comentario Oficial al art. 2.04 ISP, 3.c), p. 75, advierte de la diversidad de significados del término negociar, que van desde pagar hasta remitir documentos al emisor.

(59) Vid. Comentario Oficial al art. 2.04 ISP, núm. 3.a), p. 75. El comentario continúa indicando que el crédito puede indicar que es "libremente negociable" (*freely negotiable*) o expresiones como "negociable por cualquier banco de Madrid" o "negociable por cualquier banco", lo que significa que cualquier persona, o cualquiera que cumpla en su caso con la condición estipulada, podrá negociar el crédito.

Robert ROSENBLITH, "To Negotiate or Not to Negotiate, Does it Make a Difference", 2001 Annual Survey of Letter of Credit Law & Practice. Editors: James E. Byrne y Christopher S. Byrnes. Institute of International Banking Law & Practice, Inc., 2001, pp. 147-151, comentando la posición del banco negociador llega a la importante conclusión de que únicamente el banco que negocia y paga sin recurso los documentos conformes que se le presenten tiene derecho a que se le reembolse por el emisor; el pago que se realiza con recurso o bajo reserva sitúa al banco "negociador" en la misma posición que el beneficiario, por lo que no tendrá el derecho a ser reembolsado en los casos de fraude.

(60) Vid. Prefacio a las ISP.

CERDA OLMEDO, Garantía independiente, pp. 117 y ss., hace la siguiente diferenciación: garantía de sumisión o de oferta o de licitación; garantía de restitución de anticipos de reembolso; garantía de buena ejecución o de buen fin; y garantía de retención o descuento y la de mantenimiento. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía,* pp. 49 y ss., habla, por su parte, de tres tipos: licitación, ejecución y reembolso.

ción en relación con las propias reglas. De acuerdo con la misma, los créditos contingentes se clasifican en:

a) *Crédito contingente de cumplimiento (Performance standby):* respalda la obligación distinta de la del pago de una suma, incluida la cobertura de pérdidas causadas por el incumplimiento del solicitante en el cumplimiento de la operación subyacente. La definición es importante y da la base para distinguir esta clase de *standby* de la *standby* financiera.

b) *Crédito contingente de anticipos (Advance Payment standby):* respalda la obligación de saldar una suma que el beneficiario ha anticipado al solicitante.

c) *Crédito contingente de fianzas de licitación/fianzas de oferta (Bid Bond/tender standby):* respalda la obligación del solicitante de cumplir un contrato si éste le es adjudicado. Efectivamente, en los casos de contrataciones públicas de obras o, incluso, de suministro de bienes que requieren un procedimiento de licitación pública, el licitante se asegura del cumplimiento del oferente o del proveedor una vez que se adjudica el contrato de obra o suministro (61).

d) *Contra-crédito contingente (Counter standby):* respalda la emisión de un crédito contingente diferente o la de otra promesa realizada por el beneficiario del contra-crédito (62). En definitiva la contragarantía o contra-crédito contingente, lo que hace es garantizar la emisión de otra *standby*, de un crédito documentario u otra promesa. Un ejemplo ayudará a clarificar esta figura: en orden a obtener y ejecutar un contrato en un país X, un constructor extranjero obtiene una garantía emitida por un banco local (banco X). Antes de emitir la garantía, banco X, sin embargo, le solicita al constructor que le asegure el pago. Para ello, el constructor acude a un banco de su país (banco Y) para que emita una contragarantía en la que el banco X aparecerá como beneficiario.

Este contra-crédito contingente realiza la misma función que la contragarantía en las garantías independientes. A estos contra-créditos contingentes se les aplicarán las ISP si se someten a ellas y, seguirán, pues, el mismo régimen que establece para los créditos contingentes. Además del Prólogo de las ISP donde se ofrece la definición de esta figura, el art. 4.21 se refiere a ella, resaltando implícitamente la independencia de la contragarantía. El principio de

(61) Vid. artículos 35.1.b) y c) y 36.1.b) y c) acerca de las garantías provisionales y definitivas en la Ley de Contratos del Estado (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, BOE núm. 148, 21 de junio de 2000).

(62) Vid. también: art. 6.c) CNUGICCC, y arts. 2.c) y 20 URDG.

independencia en esta sede significa, como se establece en el art. 3.a) CNUGICCC, que las contragarantías son independientes del contrato de garantía o de la confirmación que pueda existir.

e) *Crédito contingente financiero (Financial standby):* respalda la obligación de pagar una suma, incluyendo cualquier instrumento que evidencie la obligación de pagar un dinero prestado (63).

La práctica española demuestra que determinados instrumentos financieros —especialmente los relacionados con la emisión de valores negociables como los warrants (64), participaciones preferentes (65), y obligaciones subordi-

---

(63) Vid. una excelente descripción de su funcionamiento en: KOZOLCHYK, "The Financial Standby", pp. 327 y ss.

(64) Vid. por ejemplo el Tercer programa de emisión de *warrants* por parte de SGA Société Générale Acceptance, N.V., en http://www.cnmv.es (número 3297), 14 de julio de 2000. En este caso, el apartado I.5 del folleto (Descripción del contrato de garantía) estipula, en lo que ahora nos interesa, las siguientes cláusulas:

— Obligación garantizada: el íntegro y puntual pago de las obligaciones derivadas de las emisiones realizadas al amparo del "TERCER PROGRAMA DE EMISION DE WARRANTS SGA SOCIÉTÉ GÉNÉRALE ACCEPTANCE N.V.".

— Exigibilidad de la garantía: la garantía será exigible a partir del tercer día hábil siguiente al día en que cada titular de los *warrants* proceda al ejercicio de los mismos, así como, a partir del tercer día hábil siguiente al vencimiento, siempre que se cumplan las siguientes tres condiciones:

a) Que SGA Société Générale Acceptance N.V. no haya satisfecho a cada ejercitante —en cualquier fecha de ejercicio y al vencimiento— y por *warrant*, la cantidad determinada de acuerdo con lo establecido en la información complementaria a cada una de las emisiones.

b) El reclamante entregue a Société Générale, contra el pago de la suma reclamada:

— Certificado de transferencia de propiedad a favor de Société Générale, de los *warrants* ejercitados.

— Declaración de no haber recibido la cantidad reclamada y exigible a SGA Société Générale Acceptance N.V. por razón del ejercicio de dichos *warrants*, y de subrogar, como consecuencia del pago, a Société Générale, en sus derechos frente a SGA Société Générale Acceptance N.V.

El lugar de entrega de documentos así como el pago de la garantía será el domicilio de Société Générale sucursal en España.

c) Que no hayan transcurrido más de tres meses desde el vencimiento de los *warrants.*

En este caso, la entidad garante es la sociedad matriz de la entidad garantizada, entidad emisora de los *warrants*.

(65) Emisión de Participaciones Preferentes Serie B (*Preference Shares* Serie B) por Bancaja Eurocapital Finance, garantizada por Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja, febrero 2000 (http://www.cnmv.es) (número 3163). En este caso, parece que se estructura la garantía como independiente. Así, se indica que la garantía es continua, irrevocable y absoluta; que se garantiza la emisión con carácter irrevocable y solidario; que el garante

nadas [66]—, se garantizan mediante contratos de garantía en los que no queda demasiado clara su naturaleza jurídica, aunque sí que ha de resaltarse que no funcionan como medio de pago cual sucede en el típico *standby* financiero [67].

f) *Crédito contingente de pago directo (Direct Pay standby):* respalda el pago debido de una obligación de pago subyacente, habitualmente relacionada con un crédito contingente financiero sin referencia a un incumplimiento.

g) *Crédito contingente de seguros (Insurance standby):* respalda la obligación del solicitante de asegurar o reasegurar.

h) *Crédito contingente comercial (Commercial standby):* respalda la obligación del solicitante de pagar por mercancías o servicios si no se pagan mediante otro sistema.

---

se compromete irrevocablemente a pagar con independencia de cualquier excepción, derecho de compensación o reconvención que pueda corresponder al emisor o ser invocado por éste (capítulo II, apartado 2.20.2.1); que el garante renuncia a cualquier derecho o beneficio (de excusión, división u orden) que según la legislación española pudiera corresponderle en relación con la oposición a la realización de cualquier pago en virtud de la garantía; que las obligaciones del garante son independientes de las del emisor, quedando aquél obligado como deudor principal, y no podrá exigirse de los titulares de las participaciones preferentes serie B que agoten cualesquiera de sus derechos o adopten cualquier acción legal contra el emisor antes de dirigirse contra el garante (apartado 2.20.2.7). Por otra parte, se subordina el pago a determinadas condiciones, por ejemplo, el garante únicamente tendrá que abonar el dividendo preferente de las participaciones preferentes serie B cuando los titulares tengan derecho a percibirlo (es decir, cuando el beneficio distribuible sea suficiente y cuando lo permita la normativa del Banco de España sobre recursos propios), pero el emisor no efectúe el pago. Nótese que la entidad emisora, constituida con arreglo a las leyes de las Islas Caimán, es una filial al 100% de la entidad garante, si bien la garantía se rige por la ley española.

Vid. además: Emisión de participaciones preferentes Serie A (*Preference Shares Serie A*), garantizada por Banco Popular Español, S.A., 27 de septiembre de 2000 (http://www.cnmv.es) (número 3363); y Emisión de Participaciones Preferentes Serie A (*Preference Shares Series A*), emitida por el Monte International Capital Limited y garantizada por Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla, "El Monte", diciembre 2000 (http://www.cnmv.es) (número 3430); y Emisión de Participaciones Preferentes Serie B por Caixa de Catalunya Preferentia Issuance Ltd., y garantizada por Caixa d'Estalvis de Catalunya, 10 enero 2001 (http://www.cnmv.es) (número 3448). En todas ellas, al igual que la anterior, la entidad emisora, constituida con arreglo a las leyes de las Islas Caimán, es una filial al 100% de la entidad garante, si bien la garantía se rige por la ley española. Además la garantía se otorga en términos similares a los indicados.

[66] Emisión de obligaciones subordinadas por Pastor International Capital, garantizada por Banco Pastor, S.A., diciembre 1999 (http://www.cnmv.es) (número 3121). En este caso, al igual que el anterior, la entidad emisora, constituida de acuerdo con las leyes de las Islas Caimán, es una filial al 100% de la entidad garante. La garantía se establece en términos similares a los de la nota anterior. En este caso se garantiza cualquier importe de intereses devengado, pero no pagado correspondiente al período trimestral de devengo más próximo; y el precio de amortización de las obligaciones subordinadas.

[67] Véase en este sentido la práctica estadounidense en: KOZOLCHYK, "The Financial Standby", pp. 327 y ss.

Un ejemplo de este tipo lo encontramos en el caso C.I. Unión de Bananeros de Urubá, S.A. v. Citibank, N.A.[68], donde se emitió una *commercial standby*, llamada así por su semejanza con las *commercial letters of credit*, que aseguraba el pago de un envío de plátanos a Turquía en el caso de que el comprador incumpliese con su obligación. Se notará que bajo la *commercial standby* indicada, el vendedor (colombiano) es el beneficiario y el comprador (turco) el ordenante, ocupando, pues, las partes idéntica posición a la que ocuparían bajo un crédito documentario, con la evidente diferencia de que en la carta de crédito *standby*, el beneficiario sólo estará legitimado al cobro cuando se produzca el incumplimiento del ordenante.

V. LOS PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN LA CARTA DE CRÉDITO *STANDBY*

El artículo 1.06 ISP, intitulado naturaleza de los créditos contingentes, establece los principios generales que gobiernan la carta de crédito *standby.* Así el apartado a) de dicho precepto, indica que el crédito contingente es una promesa irrevocable, independiente, documentaria y vinculante desde su emisión y no es necesario que así lo indique. Un buen entendimiento de esta Regla contribuirá, sin duda, a mejorar la redacción de los créditos contingentes, que aparecen en muchas ocasiones adornados con expresiones que originan serios problemas interpretativos, como ya se ha puesto de relieve.

Además de los principios que aparecen expresamente enumerados en dicha sección, existen otros que se derivan de otros preceptos de las ISP o de la propia naturaleza de la institución. Al examen de unos y otros está dedicado este apartado.

1. El principio de irrevocabilidad

Por virtud del principio de irrevocabilidad [principio que está claramente asentado en otros instrumentos, como por ejemplo en el art. 7.4 CNUGICCC, art. 6 RUU, art. 5 URDG, y sección 5-106(a) UCC[69]], el emisor no puede modificar o cancelar el crédito contingente, a menos que dicha posibilidad se

---

(68) "N.Y. Sup. Ct. 12 April 2000", en 2001 Annual Survey of Letter of Credit Law & Practice. Editors: James E. Byrne y Christopher S. Byrnes. Institute of International Banking Law & Practice, Inc., 2001, pp. 209-212.

(69) En el apartado b) de dicha sección se señalan las consecuencias de la irrevocabilidad, a saber que tras la emisión del crédito documentario, los derechos y obligaciones del beneficiario, solicitante, confirmador y emisor no quedarán afectados por la modificación o cancelación cuando esa persona no haya consentido, excepto cuando el crédito indique que es revocable o que el emisor puede modificar o cancelar la carta de crédito sin su consentimiento.

conceda en el propio crédito (modificaciones automáticas) o lo consienta la persona en cuyo perjuicio se establece la modificación o la cancelación [art. 1.06.b) ISP]. El crédito contingente no ha de indicar su carácter irrevocable para que así sea considerado. Es posible, no obstante, que se utilice algún otro término como el de crédito contingente absoluto, en cuyo caso ello será sinónimo de irrevocabilidad, aunque las Reglas advierten de que se trata de un término redundante, por lo que no es deseable su inclusión [art. 1.100.a) ISP]. Por otra parte, la utilización de declaraciones tales como que el crédito contingente no está "operativo", "efectivo" o similares no afecta a la naturaleza irrevocable y vinculante del crédito desde que sale del control del emisor (art. 2.03 ISP) (70), sino que únicamente incumbe a los requisitos para que el emisor pague (71). A diferencia de las RUU, las ISP no prevén que el crédito se emita como revocable, aunque, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, las partes podrán expresamente indicarlo.

En relación con la posible modificación del crédito, ha de advertirse que el propio crédito puede estipular expresamente que está sujeto a modificación automática, en cuyo caso la modificación es efectiva de forma automática sin necesidad de notificación ni de solicitar el consentimiento del beneficiario. A falta de disposición expresa en el crédito en este sentido, el beneficiario ha de aceptar la modificación para que le vincule, bien mediante una declaración expresa, esto es, comunicación a quien le notificó la modificación, o tácita, por ejemplo, si el beneficiario presenta documentos conformes con el crédito contingente modificado y que no serían conformes con el crédito contingente anterior a dicha modificación (72) para ser vinculante para el emisor, el confirmante o el beneficiario, lo que ha de ponerse en relación con el art. 1.06.b) ISP que señala que cuando el crédito es irrevocable el emisor no podrá modificar la obligación que ha contraído a su amparo a menos que así se disponga en el crédito contingente. Por otra parte, la modificación no necesita de la aceptación

(70) Igualmente el art. 7.1 CNUGICCC, señalando que la emisión de una promesa acontece en el momento y lugar en que la promesa sale de la esfera de control del garante/emisor; y la sección 5-106(a) UCC que considera que el crédito documentario es efectivo cuando se envía o transmite al avisador o al beneficiario. Debe notarse, en este sentido, el cambio respecto de la antigua versión del Artículo 5 [sección 5-106(1)(b)], por la que se consideraba que el crédito era efectivo en relación con el beneficiario únicamente cuando éste recibía el crédito. Los RUU, por su parte, no contienen una regla similar a la de las ISP que se comenta, pero se infiere el mismo resultado del art. 11 RUU (BYRNE, ISP 98 & UCP 500, p. 49).

(71) Comentario Oficial al art. 2.03, núm. 2, p. 71.

(72) Vid. estableciendo exactamente idéntica posibilidad: Comentario Oficial a la sección 5-106 UCC, núm. 2.

del solicitante [73] *o que lo consienta la persona en cuyo perjuicio se establece la modificación o cancelación*. No obstante es muy posible que el emisor solicite el consentimiento del solicitante y ello porque como se advierte bajo la sección 5-106(b) UCC, el emisor que consiente la modificación corre el riesgo de que las personas que no han consentido (todos los sujetos implicados en el esquema del crédito contingente) exijan que el emisor cumpla estrictamente con las condiciones originarias del crédito, y se nieguen al reembolso de las cantidades debidas al emisor; al mismo tiempo, el emisor quedará obligado a cumplir con el beneficiario en función de la modificación emitida [74]. Esta conclusión se ve confirmada por el art. 3.09.b)ii) ISP que requiere la aprobación del solicitante en los casos de demandas conocidas como "prorrogue o pague". En estos casos, el emisor puede ejercer su discreción para obtener la aprobación del solicitante y para emitir la modificación. Es claro que ningún emisor prudente emitirá una modificación de la fecha de vencimiento sin antes contar con la aprobación del solicitante, aunque, como se ha indicado, el consentimiento del solicitante, respecto de la modificación realizada por el emisor, no es necesario.

En cuanto a la posible aceptación parcial por parte del beneficiario de las modificaciones introducidas en el crédito contingente se establece una importante regla, ya que, en realidad, dicha aceptación parcial implica el rechazo de toda la modificación (art. 2.06 ISP); luego no puede entenderse aceptada en parte la modificación. En lo que atañe, por último, a la cancelación, se precisa igualmente el consentimiento del beneficiario; dicho consentimiento podrá ser por escrito o mediante actos, como por ejemplo la devolución del crédito contingente original. Una vez que dicho consentimiento a la cancelación se comunica al emisor, la misma será irrevocable (art. 7.01 ISP) [75].

2. El principio de independencia

Como se indicó anteriormente, una de las características que se predican de las garantías que comentamos —arts. 3 CNUGICCC, y 2.a) URDG, y tam-

---

(73) Vid. artículos 8 CNUGICCC, y 9.d) RUU básicamente coincidentes con las ISP, aunque no contienen una disposición en relación con las modificaciones automáticas.

(74) Vid. Comentario Oficial sección 5-106 UCC, núm. 2.

(75) Es posible que el emisor quiera contar con más garantías antes de acceder a la cancelación. Dichas condiciones aparecen en el art. 7.02 ISP, y entre ellas pueden citarse: la entrega del crédito contingente original, un dictamen jurídico, la verificación de la firma de la persona que firma por el beneficiario, etc.

Para la extinción del derecho a reclamar el pago de la promesa en la CNUGICCC, véase art. 11, y arts. 22 a 26 URDG.

bién del crédito documentario: art. 3 RUU— es el de su independencia [76]. Frente a la forma típica de garantía personal, la fianza, la garantía independiente implica para el garante su inmunidad frente a las acciones personales que pueden mediar entre el acreedor y el deudor garantizado (relación de valuta). Y, al contrario, significa igualmente que al beneficiario de la garantía no se le pueden oponer las excepciones que deriven de la relación subyacente [77]. Además, la inoponibilidad de excepciones implica que el garante no podrá oponer al beneficiario las excepciones que deriven de su relación con el ordenante (relación de provisión). La nota de la independencia significa, además, que la garantía se desvincula de la relación subyacente en cuanto a su contenido obligatorio se refiere. Ello expresa que el compromiso que adquiere el garante es independiente de la relación de base y, por tanto, no ha de guardar relación con su contenido (cuantía y duración, por ejemplo), como sucede, por contra, en la fianza (cfr. arts. 1822, 1826 y 1827 CC). Esto es precisamente lo que se ha

---

(76) Vid. art. 1530 CC italiano. STS de 7 de abril de 2000 (RA 2349) (nota de Alberto DÍAZ MORENO, Derecho de los negocios, mayo 2001, núm. 128, p. 58) y STS de 3 de mayo de 1991 (RA 3559) ambas en relación con el crédito documentario. La STS de 3 de mayo de 1991 resulta muy interesante por la dependencia que se produce entre el crédito documentario y el contrato subyacente (un contrato de compraventa internacional) por virtud de la prórroga en la fecha del embarque de las mercancías.

Las Reglas prefieren evitar el uso de algunos términos en el crédito contingente y así el art. 1.10.a) ISP establece que los términos incondicional, abstracto, primario, pagadero con los fondos del emisor son redundantes o no deseables. Si se especifican en el crédito, los dos primeros significan únicamente que el pago a su amparo está condicionado a la sola presentación de determinados documentos; el tercero que es una obligación independiente del emisor; y el último que el pago a su amparo no depende de la disponibilidad de los fondos del solicitante y que se realiza para satisfacer la obligación propia e independiente del emisor. En relación con el término primario, que es una exacta traducción del término *primary* en la versión inglesa, tiene el efecto de desincentivar el uso del mismo en el sentido de que no es necesario porque el crédito es naturalmente independiente, pero en cualquier caso la advertencia es válida en relación con el uso, más frecuente en la práctica española, de términos que privan de valor a la accesoriedad típica de la fianza.

Asimismo, se indica que no se debería emplear la expresión y/o, y si se hace significa "o" o "ambos" [art. 1.10.b) ISP].

(77) En el derecho estadounidense la diferencia entre la fianza y la carta de crédito reside en que una garantía (*guarantee* o *contract of guarant)* es una obligación secundaria—el garante responderá por el incumplimiento del principal obligado—, mientras que la carta de crédito es una obligación principal, esto es, el emisor responderá frente al beneficiario cuando éste presente los documentos estipulados en el crédito; de ello deriva también el que en la fianza esté presente la nota de la accesoriedad y no lo esté en la carta de crédito que se rige por el principio fundamental de la independencia [WUNNICKE y TURNER, §2.07 [A], pp. 2-34 y ss.; y BARNES, BYRNE, BOSS, pp. 10-11; y *Lac du Bonnet v. Lee River Estates Ltd.*, 98-01-07320, 1999 Man.D.J. 214 (Canadá)].

querido evidenciar en los artículos 1.06.c) y 1.07 ISP [78], si bien la independencia de la garantía frente a la relación subyacente no es absoluta al estar sometida a algunas excepciones en particular en los casos de fraude por la posible aplicación de la *exceptio doli* [79].

3. El principio documentario

Las cartas de crédito contingentes son documentarias por naturaleza [art. 3.b) CNUGICCC], como también lo es el crédito documentario, siendo bastante ilustrativo en este sentido lo dispuesto en el art. 4 RUU: todas las partes intervinientes en un crédito negocian con documentos y no con mercancías, servicios y/u otras prestaciones, a que tales documentos puedan referirse. Ello significa, como se acaba de resaltar, que las obligaciones del emisor dependen exclusivamente de la presentación de documentos.

Corolario de este principio son los de coherencia y de cumplimiento o adecuación de la presentación con los términos de la garantía. De conformidad con el primero, el banco habrá de examinar que, en primer término, se le presentan los documentos exigidos en la garantía en su totalidad, y que además se trata de los documentos especificados en la garantía. En relación con el segundo [80], el beneficiario sólo tiene derecho al importe del crédito si presenta documentos conformes con las condiciones del mismo.

De la definición de documento contenido en las Reglas se deriva algo que ya se ha comentado: la aptitud de la carta de crédito *standby* —documentaria por naturaleza— de incluir en su seno a la garantía a simple demanda o a primer requerimiento, lo que supone, insistimos, la identificación en esencia de ambas instituciones. Y es que la forma más simple de la garantía independiente —la

---

(78) Se ha de resaltar, además, que el principio de independencia aparece también en otros preceptos de las Reglas, como por ejemplo, el art. 1.08 ISP (Límites a la responsabilidad), donde el apartado a), idéntico a la sección 5-108(f)(1) UCC, establece que el emisor no es responsable del cumplimiento o incumplimiento de una operación subyacente.

(79) Vid. *infra*, apartado XII.

(80) Vid. en relación con ese principio en el ámbito de las URDG: GOODE, "Guide to", p. 19. Con mayores detalles, *infra* apartado VIII (d).

que únicamente requiere una reclamación (*demand*)[81], esto es, la garantía a simple demanda, llamada también en el derecho estadounidense *clean standby*[82]—, *es también una garantía documentaria bajo las ISP*[83]. Ello es así porque el concepto de documento no depende del valor intrínseco del mismo, esto es, que trasluzca un determinado contenido comercial, jurídico, técnico, contable o de otra naturaleza, sino de su mera apariencia formal de documento. Al banco le interesa contar con un mínimo de prueba —seguridad, en

---

(81) La reclamación se define en el art. 1.09 ISP, dependiendo del contexto, como la solicitud de cumplimiento de un crédito contingente o bien el documento que formula dicha solicitud. Nótese que este término y el utilizado también por las ISP derecho de disposición o disposición son intercambiables. Disposición (*drawing*) significa, en función del contexto, o una reclamación presentada o una reclamación cumplida. Vid. asimismo Comentario Oficial al artículo 1.09 ISP, núm. 7, y núm. 9, pp. 41-43.

(82) En ocasiones también recibe el nombre de *suicide* or *guillotine credit*, ya que el solicitante está a merced del beneficiario, que únicamente ha de presentar una demanda de pago (WUNNICKE y TURNER, §3.06, p. 3-7).

El artículo 1.10.a)v) ISP advierte que no debería utilizarse, o no sería necesario que se utilizase en el crédito contingente, la expresión de que es limpio o pagadero contra reclamación, y si se hace significa meramente que es pagadero contra la presentación de una reclamación escrita u otros documentos estipulados en el crédito contingente. No es infrecuente en la práctica estadounidense que se califique como *clean letter of credit* aquella que requiere únicamente la presentación de la demanda de pago. Así en *McCormack v. Citibank*, 11 de septiembre de 1996, el tribunal entendió que: *"to draw on clean letter of credit, beneficiary must merely demand payment; no documentation, other than perhaps a written demand for payment, is required"*; y en *Original Petroleum v. Beta Financial,* 11 mayo 1984 (39 B.R. 1003, 39 UCC Rep.Serv. 580 (Bankr.N.D.Tex., May 11, 1984): *"A clean LOC requires only submission of a draft or payment, while a documentary LOC requires specified accompanying documents as well"*. Por contra, en otras decisiones como *American Coleman Co. v. Intrawest Bank of Southglenn, N.A.* (1989, CA10 Colo), 887 F2d 1382, 10 UCCRS2d 1361, 20 de octubre de 1989, donde la carta de crédito se titulaba como *clean* (no obstante, el contenido claramente indicaba que era un crédito contingente: *"American Coleman pursuant to its sight drafts to be acompanied by the original LOC and your signed written statement that Jim Gammon and Assoc. is in default on the note and securities agreement"*), el tribunal sostuvo que era una *documentary letter of credit* porque se habían de presentar dos documentos: el crédito y el certificado de incumplimiento.

(83) De acuerdo en el ámbito de las ISP: ANGLADE, pp. 131 y ss., esp. p. 136.

El mismo resultado se sigue en la CNUGICCC, como se deriva de la definición de la promesa en el art. 2.

Se pone fin de esta manera a la discusión típica de la doctrina estadounidense en torno a lo que ha de entenderse por el término documentario. Frente a los que sostienen que toda *standby* es documentaria, otros señalan que sólo puede ser calificada como documentaria aquella que demanda otros documentos diferentes de la simple demanda de pago. Véase: WUNNICKE y TURNER, §2.05, p. 2-11, que ilustran la discusión mediante dos casos resueltos por la jurisprudencia estadounidense: *Torco Oil Co. v. Innovative Thermal Co.,* 763 F. Supp 1445 (N.D. Ill. 1991) y *Stockton v. First Union National Bank of Florida*, 700 So. 2d 394 (Fla. App. 1997), especialmente este último muy criticado.

definitiva, para proceder a su obligación de pago— de la reclamación que efectúe el beneficiario.

Esa prueba la satisface el documento —escrito o electrónico, nunca oral [84]—, cuyo contenido mínimo consistirá en la simple reclamación del beneficiario dirigida al emisor ("págueme"), junto con la indicación del importe del crédito, la fecha de emisión de la reclamación y la firma del beneficiario [art. 4.16.b) ISP]. A partir de este mínimo, el crédito podrá exigir más condiciones, a saber: que la reclamación vaya acompañada de la plasmación de determinados hechos, generalmente un *statement of default* (declaración de incumplimiento: *"págueme, porque la obra no se concluyó a tiempo"*) o que la reclamación vaya acompañada de la factura, certificado de incumplimiento, una opinión de un experto, un laudo, un título valor, etc.

Nótese, en este sentido, que para las Reglas, de una parte, la reclamación, entendida como la solicitud de cumplimiento de un crédito contingente o bien el documento que formula dicha solicitud, es un documento [art. 1.09.a) ISP [85]]; y, de otra, que la reclamación se constituye en el mínimo imprescindible para poder solicitar el importe del crédito contingente. Y así, aunque en él no se especifique ningún documento exigido, se presume que sí exige la reclamación documentaria de pago (art. 4.08 ISP), lo que es trascendente para reclamar la pertenencia a esta categoría de créditos de aquellas promesas que no requieran la presentación de documentos.

---

(84) Vid. claramente sección 5-102(6) UCC: *"... A document may not be oral"*. Sin embargo, ha de precisarse que dentro de la definición de documento está la de "record", esto es, la información que es transcrita en un medio tangible o que es grabada en un medio electrónico o en otro medio susceptible de ser recuperado en una forma perceptible. En definitiva, siempre se ha de presentar un documento escrito, aunque éste puede corresponder a la transcripción de una conversación oral. Así, el Comentario Oficial a esta sección del UCC indica que una grabación de una conversación oral puede ser un "record".

Bajo las ISP podría llegarse a la misma conclusión de la definición de documento de la sección 1.09(a) ISP: "o cualquier plasmación de hechos, leyes, derechos u opiniones que, al presentarse (en papel o por medios electrónicos), puede ser examinado para determinar si cumple con los términos y condiciones de un crédito contingente". Y así se pronuncia también el Comentario Oficial a dicho artículo, núm. 8.a), p. 42.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía,* pp. 349-350, entendía, siguiendo a Von Westphalen, que cuando no se hubiera pactado nada en relación con la forma de la garantía, sería válida la reclamación de forma oral, aunque reconocía que tal forma no se va a producir nunca en la práctica bancaria.

(85) La definición de documento es la siguiente: *"un instrumento de giro, reclamación, documento de título, título de valores de inversión, factura, certificado de incumplimiento o cualquier plasmación de hechos, leyes, derechos u opiniones que, al presentarse (en papel o por medios electrónicos), puede ser examinado para determinar si cumple con los términos y condiciones de un crédito contingente"* (art. 1.09 ISP). Vid. en el mismo sentido, esto es, incluyendo a la demanda en el concepto de documento: sección 5-102(a)(6) UCC.

Las ISP, por otra parte, comparadas con las URDG son en este aspecto más flexibles. Bajo las URDG (art. 20) se exige un requerimiento de pago (demanda de pago) y además una declaración que especifique que el ordenante ha faltado a sus obligaciones según el contrato de base o, en el caso de una garantía de licitación, a las condiciones de licitación, así como lo que haya incumplido el ordenante. Si bien estos dos documentos, mínimos para solicitar el pago del importe de la garantía, pueden formar una unidad, lo cierto es que suponen el cumplimiento de más requisitos por parte del beneficiario para solicitar el pago. La razón que subyace bajo las URDG en relación con dichos requisitos es que se otorga una mayor protección al solicitante, si, al menos junto con la demanda de pago, se exige al beneficiario que alegue las razones del incumplimiento, porque, en este caso, aunque el beneficiario mismo es quien prepara la declaración, lo cierto es que podría dudar al redactar una declaración que sabe falsa (86). No obstante, la razón no parece tener demasiado sentido (87), puesto que el beneficiario, que indebidamente reclama una garantía —con o sin declaración de incumplimiento—, sabe que está realizando una actividad fraudulenta.

4. El principio de vinculación

La emisión del crédito contingente marca su nacimiento (88), así como la vinculación del emisor respecto de él y de las futuras modificaciones que se puedan producir (89). Este principio se reitera en el artículo 1.06.e) ISP, donde la vinculación del emisor al crédito se produce independientemente —y aquí de nuevo se trasluce la importancia del principio de la independencia— de que el beneficiario, como persona legitimada para reclamar el crédito, lo hubiese recibido, que el solicitante hubiese autorizado su emisión, o que el emisor hubiese cobrado sus gastos.

---

(86) WUNNICKE y TURNER, §3.07, p. 3-9 (Thomas Comments). Vid. también: GOODE, "Guide to", p. 92.

(87) Coincide básicamente en ello también DÍAZ MORENO, "Los trabajos de UNCITRAL", pp. 161-162, nota 32, quien sostiene que la verdadera eficacia de la necesidad de una declaración deriva de que resultará mucho más fácil oponerse a la reclamación por manifiestamente abusiva si se alega un incumplimiento determinado que si no se alega ninguno, en cuyo caso sería suficiente con probar el abuso en relación con el incumplimiento declarado.

(88) De forma similar el art. 6 URDG indica que una garantía entra en vigor en la fecha de su emisión, si bien se establece alguna salvedad.

(89) Nótese en relación con la modificación que, de una parte, la misma también vincula al confirmante cuando ésta sale de su control, a menos que el confirmador indique que no confirma la modificación, y, de otra, que la modificación no necesita de la aceptación del solicitante para ser vinculante para el emisor, el confirmante o el beneficiario [véase respectivamente 2.06.b) y c) (iii) ISP].

5. El principio de autonomía de la voluntad

Este principio aparece plenamente reconocido en el art. 1.01 ISP. Conforme a él, toda carta de crédito contingente o cualquier otra promesa semejante puede someterse a las Reglas, así como modificar [90] o excluir su aplicación. Este precepto se relaciona con el art. 1.04 ISP, por lo que podría darse el resultado de que el solicitante desconozca su sumisión a las Reglas. Dicho artículo entiende incorporadas las Reglas cuando el solicitante autoriza la emisión del crédito contingente —lo que sucederá, en nuestra opinión, si en el formulario de apertura del crédito contingente, que firma el solicitante, se hace una expresa mención a las mismas, y no, como opina DOLAN, por la simple autorización a la emisión del crédito cuando posteriormente el emisor sujeta el crédito contingente a las ISP— [91] o acepta de otra manera la aplicación de las Reglas.

En el último caso, esto es, cuando el solicitante acepta de otra manera la aplicación de las reglas, opina nuevamente DOLAN, ello viene a suponer que si el emisor no informa de la existencia de dichas reglas al solicitante cuando éste solicita la apertura del crédito, pero emite el mismo sujeto a las ISP, el solicitante quedará también vinculado al realizar algún tipo de actuación o, por el contrario, no actuación (por ejemplo, si permanece callado o inactivo al recibir la copia de la emisión del crédito en favor del beneficiario). Esta vinculación del solicitante a las reglas de las ISP nos parece excesiva, máxime si, como parece, no es práctica habitual que el banco envíe un boceto del crédito contingente al solicitante, sino, como se ha indicado en el ejemplo, la copia del original ya enviado al beneficiario, lo que podría producir el indeseable efecto de que el solicitante quedase vinculado al crédito contingente tras su emisión [92].

En relación con la emisión del crédito contingente, es práctica habitual —en materia de créditos documentarios— emitir el mismo sujeto al mensaje

---

(90) En relación con la modificación de las Reglas por acuerdo de las partes, ha de advertirse que generalmente el consentimiento será implícito y derivará del propio texto del crédito contingente, por lo que las partes deben ser conscientes de que determinadas declaraciones pueden producir un efecto no deseado, a saber: que el crédito pierda su carácter de promesa independiente al amparo de la Ley aplicable [así lo advierte el artículo 1.1.d) ISP].

(91) Vid. DOLAN, "Analyzing", p. 1883. Una lectura como la que realiza el profesor DOLAN es, desde luego, y así lo indica él, injusta e ineficiente. No obstante, el art. 1.04 (vi) ISP debe leerse en su totalidad y no sesgadamente, ya que de lo contrario, de seguirse la interpretación del profesor DOLAN, la última frase del artículo sería completamente innecesaria.

(92) Así DOLAN, "Analyzing", pp. 1884-1886. Vid. además nota 78 del trabajo del prof. Dolan.

MT 700 de SWIFT [93] (mensaje tipo para la emisión de créditos documentarios). El manual de uso de SWIFT —y no el mensaje MT 700— establece que los créditos emitidos usando el sistema de transmisión de SWIFT quedan automáticamente sujetos a los RUU desde la fecha de su emisión (nótese que estamos hablando de relaciones interbancarias y no de la sujeción del beneficiario a las RUU, que se produce de otra manera). En relación con ello, si bien la forma de proceder a dicha incorporación de las RUU podría ser en cierto modo contradictoria con el art. 1 RUU, sin embargo, constituye una práctica reconocida [94]. En materia de crédito contingente, todavía no existe un mensaje específicamente desarrollado por SWIFT, ni tampoco, evidentemente, una regla en el manual del usuario que incorpore las ISP, aunque se está trabajando en su desarrollo. Ello significa que, de momento, los emisores que deseen emitir el crédito sujeto a las ISP podrán usar bien el mensaje MT 700 [indicando en el apartado 47 A (condiciones adicionales) que se aplican las ISP (o, en su caso, si se incorporan las RUU, los artículos de este texto que se quieren modificar o excluir)], bien el mensaje MT 799 (mensaje de formato libre) [95].

Una de las cuestiones más interesantes que se plantean en relación con el principio de libertad de pacto es el de la propia naturaleza jurídica de las ISP. Como se acaba de indicar el art. 1.01.b) ISP entiende que toda promesa puede someterse a las Reglas mediante una referencia expresa a las mismas, lo que denota evidentemente su carácter contractual. En principio, lo deseable es una declaración expresa como: "Esta promesa se emite sometida a los Usos Interna-

---

(93) SWIFT (*The Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications* o en español la Sociedad para las Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Mundiales). Acerca de SWIFT: Salomé CISNAL DE UGARTE, "Las transacciones financieras bancarias en el ámbito internacional, SWIFT", Derecho de los Negocios, 1992, núm. 24, pp. 11-22. Una buena descripción también en: Boris KOZOLCHYK, Cartas de crédito electrónicas. Derecho de los Negocios, 1992, núm. 22-23, pp. 5-21; también en *Homenaje al Profesor Evelio Verdera y Tuells. Estudios de Derecho Bancario y Bursátil,* vol. II, Madrid, La Ley, 1994, pp. 1421-1452; Samuel NEWMAN, "Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT)", en *Payment Systems of the World*. Editor Robert C. Effros. Nueva York/ Londres/ Roma: Oceana Publications Inc., 1994, pp. 371-405; Jörg ETZKORN, *The S.W.I.F.T. Rules, Legal Issues in International Credit Transfers. Untersuchungen über das Spar-, Giro— und Kreditwesen, band 82.* Duncker § Humboldt: Berlín, 1993, pp. 421-449; y Andrés RECALDE CASTELLS, "Cuestiones en materia electrónica y de documentación en los créditos documentarios", RDM, 1995, núm. 215, pp. 7 y ss.

(94) Opinión Oficial de la CCI, R305, R248, y R101: *"The Commission considered that banks advising credits issued through SWIFT should ensure in accordance with SWIFT rules that the appropiate UCP incorporation clause was included in the credit advice sent to the beneficiary"*.

(95) Vid. BYRNE, ISP 98 & UCP 500, p. 3, citando al efecto la medida provisional adoptada por SWIFT hasta que regule adecuadamente esta cuestión.

cionales relativos a los créditos contingentes 98" o "sometida a las ISP 98". No obstante, el Comentario oficial entiende que podrían ser válidas otras declaraciones siempre que se derive la intención de someter la promesa a las ISP, citando el siguiente ejemplo que, sin embargo, nos parece excesivo: "sujeta a las Reglas sobre *standby*" (96).

Se observará, pues, que tanto las Reglas como el mismo Comentario Oficial abogan por su naturaleza contractual, lo que es consistente con el sentir mayoritario de la doctrina española en relación con instrumentos similares a las ISP (97), sin perjuicio de que algunas de sus disposiciones puedan reflejar usos de comercio si efectivamente cumplen las condiciones que la doctrina y la jurisprudencia española consideran necesarias.

---

(96) Estos son los ejemplos que proporciona el Comentario Oficial al art. 1.01 ISP, núm. 10, pp. 4-5.

(97) Generalmente se sostiene la naturaleza contractual de este tipo de instrumentos, más aún se indica que se trata de condiciones generales de la contratación.

En el ámbito de las ISP, DOLAN, "The Law of Letters of Credit", §4.09[3], es quien más contundentemente se ha pronunciado por su naturaleza contractual, negando, pues, que puedan ser considerados como usos de comercio. Interesantes son sus reflexiones acerca de algunos de los preceptos de las ISP que examina detalladamente para advertir que no reflejan una práctica internacional, aunque muchas de ellas sí las considera adecuadas en el contexto de los créditos contingentes. Vid. por contra RODNER, pp. 704-705, estimando que forman parte de la Lex Mercatoria.

En relación con las URDG, apoyarían su naturaleza contractual: SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía,* p. 79; VICENT CHULIÁ, *Introducción al estudio de las garantías personales,* p. 398; y DÍAZ MORENO, "Las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional sobre garantías 'a demanda'", Derecho de los Negocios, septiembre 1993, núm. 36, año 4, pp. 1-2. En la jurisprudencia: STS de 9 de octubre de 1997 (RA 7066).

Por último, por lo que respecta al crédito documentario, existen autores que sostienen posturas contractualistas puras (CARRASCOSA, pp. 768 y ss., negando que algunos de sus preceptos puedan ser usos), como autores que abogan por tesis menos rotundas, en el sentido de que se estima que algunos de sus preceptos puedan ser considerados como usos de comercio. Así, Juan FERNÁNDEZ-ARMESTO, "Créditos documentarios con banco notificador y Reglas y Usos Uniformes", RDBB, octubre-diciembre 1985, núm. 20, pp. 910-911, citando al efecto los principios de independencia y el documentario; id. más extensamente: "Los créditos documentarios irrevocables", pp. 55 y ss., esp. pp. 67 y 70-71; Juan HERNÁNDEZ MARTI, "Créditos documentarios: su cumplimiento y excepciones al mismo", *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez.* Tomo III. Madrid, Civitas, 1996, pp. 3298-3299, en relación a aquellas que se han ido manteniendo en las distintas versiones de las RUU; análogamente al anterior: Alberto ALONSO UREBA, "En torno al crédito documentario con particular referencia a las modalidades de créditos transferibles y subsidiarios", en *Nuevas Entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero.* Coordinación: Alberto Alonso Ureba, Rafael Bonardell Lenzano y Rafael García Villaverde. Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio en Colaboración con la Facultad de Derecho de

La cuestión, pues, parece quedar zanjada de esa manera, si no fuera porque se insinúa que el conjunto de las Reglas de las ISP son usos de comercio [98]. Efectivamente, se aprecia una cierta ambivalencia en torno a la naturaleza jurídica de las ISP, y en general de los instrumentos que crea la CCI. Por ejemplo, si bien, de un lado, la propia CCI utiliza en la denominación de sus Reglas (también en los créditos documentarios) la palabra usos, e, incluso, establece que las Reglas deben interpretarse como usos mercantiles en determinados casos (art. 1.03 ISP), o que su interpretación ha de hacerse en el contexto de los usos estándar aplicables [art. 1.11.a) ISP], evocando, pues, una cierta naturaleza consuetudinaria en las Reglas, por otro lado, como se ha indicado, la propia CCI se encarga de especificar el carácter contractual de las mismas y no única-

---

la Universidad Complutense de Madrid, 1990, pp. 460-461; María Jesús GUERRERO LEBRÓN, "La naturaleza de las Reglas y Usos Uniformes relativas a los créditos documentarios", DN, octubre 2000, núm. 121, pp. 21 y ss., esp. pp. 28 y ss., citando numerosa jurisprudencia al efecto, entre otras, la STS de 27 de octubre de 1997 (RA 7066), aunque existe también jurisprudencia que aboga por un cierto valor consuetudinario de las RUU, por ejemplo: STS de 14 de abril de 1975, admitiendo un recurso de casación sobre la base de la infracción del art. 3 RUU 400; Rafael MARIMÓN DURÁ, "Naturaleza de las Reglas y Usos Uniformes para los créditos documentarios de la C.C.I. (Comentario a la STS de 9 de octubre de 1997) [R.A. 7066/1997]", pp. 284-286; id. "Planteamiento jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica del crédito documentario y de las reglas que lo regulan", *Estudios sobre jurisprudencia bancaria.* Directores: Cuñat Edo, V. y Ballarín Hernández, R. Elcano: Aranzadi, 2000, pp. 294 y ss.; CHECA MARTÍNEZ, pp. 87-97, citando como usos a los principios de independencia y de cumplimiento estricto; y Leopoldo PORFIRIO CARPIO y Raquel LÓPEZ ORTEGA, *Créditos documentarios y jurisprudencia casacional.* Madrid, Tecnos, 2000, p. 16, apuntando que podrían tener una cierta función integradora (usos mercantiles normativos) de las lagunas contractuales. Esta idea, por último, es apoyada minoritariamente por la doctrina alemana y por alguna decisión inglesa como analiza detalladamente OELOFSE, pp. 16-19, notas 33 a 36, a lo que se ha de sumar la doctrina italiana: Francesco GUARRACINO, "Norme Uniformi sul credito documentario e Limiti dell'intepretazione formalistica", Riv. Dir. Civ., 1999, núm. 1, pp. 101-105, con cita de numerosa jurisprudencia. Expresamente además se ha negado que se pueda amparar la violación de algún precepto de los RUU en el recurso de casación por violación de la ley. Igualmente: OELOFSE, p. 18; y para la situación en Francia: ANGLADE, pp. 86-89. Un repaso a las diversas teorías en torno a la naturaleza jurídica de las RUU: RODNER, pp. 620-640.

[98] En la doctrina española se ha mantenido la naturaleza del crédito documentario como uso de comercio por: Joaquín GARRIGUES, *Contratos bancarios,* Madrid, 1975, 2.ª ed., revisada, corregida y puesta al día por Sebastián Moll, pp. 648-652, señalando que la prueba de la existencia del uso puede ser comprobada por los Tribunales dirigiéndose al organismo representativo de la Banca; y TAPIA HERMIDA, "La carta de crédito standby", pp. 1058-1059, id., "Consideraciones procesales y sustantivas en torno a las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios", RDBB, julio-septiembre 1993, núm. 51, p. 823, al hilo de la STS de 6 de abril de 1992, que admite un recurso de casación por infracción de las RUU. Entiende el profesor TAPIA que la *opinio iuris seu necessitatis* está constituida tanto por la importante audiencia de la CCI como por la adhesión a aquellas Reglas de toda la banca mundial en el momento actual. En la doctrina comparada puede consultarse a: KOZOLCHYK, "El crédito documentario en el derecho americano", pp. 116-148.

mente por lo que respecta a su carácter de aplicación voluntaria [véase: Prefacio y art. 1.01.b) ISP, y art. 1 RUU], sino también porque expresamente han privado de valor a los usos y costumbres contradictorios con las Reglas [véase art. 1.02.b) ISP], lo que ciertamente es una expresión de la dispositividad de los usos mediante pacto contrario de las partes (véase por ejemplo, art. 9.2 CNUCCIM) (99).

Precisamente, en relación con la propia conceptuación de las ISP como Reglas de aplicación voluntaria, resalta la declaración relativa a la posibilidad que tienen las partes de modificar su aplicación, lo cual es lógico a la vista de la afirmación de principio señalada, pero no lo es, desde luego, atendiendo a la otra posibilidad que se tiene: la de excluir su aplicación [véase artículo 1.01.c) ISP]. Ello no se entiende a menos que el valor de las Reglas sea otro, esto es, el de usos mercantiles. Esta declaración, por otro lado, no es infrecuente en otros instrumentos que conforman el DUCI; en particular, puede verse el artículo 1.5 de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos mercantiles internacionales que contiene una declaración semejante (100). Interesa resaltar, en este momento, que la posible exclusión de la aplicación de las Reglas puede tener importancia para aquellas jurisdicciones que tienden a considerar a este tipo de Reglas como usos del comercio.

6. El principio de buena fe

El principio de buena fe aparece también en los diversos textos normativos. Así, en el art. 5 CNUGICCC, como principio de interpretación de los preceptos de la Convención (101), y en los arts. 15.3, 14.1 y 19 CNUGICCC, como principio rector del comportamiento de las partes, principalmente del garante y del beneficiario. Asimismo, el artículo 15 URDG no permite que los garantes y contragarantes se exoneren de responsabilidad si no han actuado de buena fe y con un cuidado razonable. Se trata, pues, de un principio rector del

(99) Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, 11 de abril de 1980 CNUCCIM. Vid. un comentario a dicho artículo en: M.ª del Pilar PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías,* Valencia, Tirant lo blanch, colección jurídica Cuatrecasas, núm. 6, pp. 79 y ss.

(100) Sobre ello ya nos hemos pronunciado críticamente en otro momento: M.ª del Pilar PERALES VISCASILLAS, "El Derecho Uniforme del Comercio Internacional: los Principios de UNIDROIT (Ámbito de aplicación y Disposiciones Generales)", Revista de Derecho Mercantil, enero-marzo 1997, núm. 223, pp. 221-297.

(101) Este precepto es idéntico al art. 7.1 CNUCCIM. Vid. sobre el mismo: PERALES VISCASILLAS, "La formación del contrato", pp. 86 y ss.

crédito contingente; principio que es básico en relación con la delicada cuestión de las reclamaciones abusivas o fraudulentas.

7. Los principios de internacionalidad, uniformidad y de adecuación a las prácticas y usos estándar aplicables a la carta de crédito *standby*

Las ISP recogen estos tres principios básicos informadores de las Reglas como instrumentos de interpretación y aplicación. Estos principios, sin duda, contribuirán a lograr una mayor flexibilidad en las Reglas y a una aceptación uniforme, en la que se tenga en cuenta el carácter internacional de su aplicación y desenvolvimiento, a la luz todo ello de los usos estándar aplicables a la carta de crédito *standby*. Estos tres principios básicos están reconocidos ya de forma prácticamente unánime y estándar en los instrumentos que conforman el DUCI (102), y servirán especialmente de guía para los jueces y árbitros, particularmente el principio de adecuación de las Reglas al contexto de los usos estándar aplicables que se traducirá en una óptima aplicación judicial y arbitral de esta institución (103).

Resaltar, por último, que estas prácticas y usos pueden ser difíciles de concretar, aunque son un elemento útil y necesario.

VI. LA ESTRUCTURACIÓN JURÍDICA DE LAS RELACIONES SUBJETIVAS (104)

En este apartado vamos a examinar la relación jurídica que media entre los diversos intervinientes en el crédito contingente. En primer lugar, se analizará la relación entre el solicitante y el emisor (*infra* 1); en segundo lugar, la relación

---

(102) Vid. artículo 5, 13, 14.1 y 16.1 CNUGICCC, artículo 13.a) RUU, y también en la sección 5-108(a) y (e) UCC, por mencionar únicamente los textos relevantes en esta materia. Vid. además nota anterior.

(103) Por usos estándar aplicables parece que debe entenderse tanto a los usos y costumbres no escritos, como a los que, en su caso, aparezcan ya recogidos en forma de Reglas (WUNNICKE y TURNER §6.01, p. 6-4).

(104) Como se ha señalado, en este apartado se analizarán únicamente las diferentes relaciones jurídicas que median entre los intervinientes del crédito contingente; cuestión que es diferente, aunque está estrechamente relacionada, de la naturaleza jurídica de la institución en sí misma considerada, particularmente si se enlaza con las tesis disgregadoras, y con la analogía evidente en esta materia entre el crédito contingente que asume función de pago y el crédito documentario.

En relación con el crédito documentario se ha sostenido que estamos ante una delegación acumulativa o imperfecta, ya que no se produce la liberación del ordenante: GARRIGUES, *Contratos bancarios,* p. 609; y TAPIA HERMIDA, *Naturaleza jurídica,* pp. 621-625.

entre el emisor y los sujetos intermediarios (*infra* 2); para finalizar, se estudiará la relación entre el garante y el beneficiario (*infra* 3).

1. La relación jurídica entre el solicitante y el emisor

Las ISP no se ocupan de indicar cuál es la naturaleza jurídica de la relación que media entre el ordenante y el garante, coherentemente con la naturaleza independiente de la carta de crédito *standby* (105), y, sobre todo, porque la *standby* existe desde el momento en que sale del control del emisor (106), lo que no impide que se examine dicha relación bajo las reglas generales del derecho mercantil y civil. Además, no se encargan de determinar qué derechos y acciones corresponderán al solicitante cuando éste incumple indebidamente su promesa, por lo que nuevamente esta cuestión habrá de dejarse al derecho aplicable (107).

No obstante, las ISP sí se ocupan de las obligaciones de reembolso que el solicitante tiene frente al emisor (Regla 8 ISP). En principio, si el pago es conforme, el solicitante ha de reembolsar al emisor todos los gastos que deriven del crédito (108); el emisor, a su vez, tiene la obligación de reembolsar a la persona designada para el cumplimiento o la entrega del valor. El solicitante ha de reembolsar al emisor, incluso, lo que haya pagado en los casos de fraude, falsificación o actos ilegales de terceros, lo que tiene importancia en conexión con la regla del art. 4.13.a) ISP, que exime al banco de la obligación de comprobar

---

Vid. un repaso doctrinal y especialmente jurisprudencial en torno a las diversas tesis unitarias (negocio jurídico complejo; y delegación acumulativa y no liberatoria) y disgregadoras del crédito documentario, en particular las que examinan la relación banco-beneficiario desde una óptica contractual o desde la consideración de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones: MARIMÓN DURÁ, "Planteamiento jurisprudencial", pp. 302 y ss.; Alfredo ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, voz "Crédito", en *Nueva Enciclopedia Jurídica.* Tomo V. Barcelona, Seix, 1985, pp. 919-923; PORFIRIO CARPIO y LÓPEZ ORTEGA, pp. 12 y ss., resaltando que la jurisprudencia más constante configura al crédito documentario como una delegación acumulativa; así por ejemplo: STS de 11 de marzo de 1991, indicando además en el FJ 3.º que el crédito documentario es una operación contractual atípica que incluye una pluralidad negocial de carácter abstracto.

(105) Vid. igualmente Nota explicativa de la Secretaría a la CNUGICCC, §6.

(106) El Comentario Oficial al art. 1.04 ISP, núm. 4.b), p. 17, indica que el solicitante no es parte de la *standby*, como tampoco lo es el ordenante de un crédito documentario (cfr. BYRNE, ISP 98 & UCP 500, p. 8).

(107) Vid. por ejemplo: sección 5-111 UCC.

(108) Un estudio de la obligación de reembolso en: ANGLADE, pp. 143 y ss. Vid. también sección 5-108(h)(i)(1) UCC; y arts. 277 y 278 Código de Comercio (Cco).

la identidad de la persona que realiza la presentación. Es más, de una comparación con las reglas del UCC en esta materia, se llega a la conclusión de que en las ISP el riesgo del fraude, falsificación o actos ilegales de terceros es soportado por el solicitante [109], mientras que bajo la sección 5-108(h)(i)(5) UCC es el emisor quien soporta el pago realizado a un tercero que falsifica la firma del beneficiario.

El art. 5(a) RUU especifica que el ordenante ha de dar al banco instrucciones claras y precisas; algo que es fácilmente aplicable a la relación entre el ordenante y el emisor bajo la estructura del contrato de comisión. El ordenante, cliente del banco, ordenará a éste —previamente el banco habrá analizado el riesgo de la operación— la apertura de una garantía en favor del beneficiario. El ordenante habrá de darle al banco-emisor de la garantía instrucciones claras, completas y precisas [110]. Instrucciones que el banco se obliga a seguir [111]. Se trata, pues, de una relación que responde a la estructura del contrato de comisión [112], y evidencia la confianza del banco en el ordenante, y ello independientemente de que la garantía forme parte de una relación aislada o duradera.

---

(109) De acuerdo: WUNNICKE y TURNER, §6.05[G], pp. 6-28 y 6-29, críticos con la regla.

(110) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El contrato autónomo de garantía", p. 212.

(111) Vid. la excepción que se deriva del art. 7 URDG: el garante no ejecutará las instrucciones del ordenante cuando las mismas son de tal índole que, de seguirlas, el garante podría, a causa de las leyes y reglamentos del país de la emisión, ser incapaz de cumplir los términos de la garantía. En este caso, el garante ha de comunicar las razones de tal impedimento y requerirá instrucciones apropiadas.

(112) Vid. art. 244 Cco y 1709 CC. En la doctrina: CERDA OLMEDO, "Garantía independiente", p. 92, califica dicha relación de mandato o arrendamiento de servicios según los casos. Como comisión mercantil lo califican: SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El contrato autónomo de garantía", p. 136, y pp. 150 y ss., analizando también la estipulación en favor de tercero y el contrato de gestión de negocios; VICENT CHULIÁ, *Introducción al estudio de las garantías personales,* p. 393: contrato de comisión generalmente dentro del contrato de cuenta corriente bancaria; ALCALÁ DÍAZ, "Garantía bancaria a primera demanda", pp. 271-272, en concreto de comisión bancaria indirecta; Fernando ZUNZUNEGUI, *Derecho del mercado financiero,* Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 492; y CARRASCOSA, p. 797. Idéntica calificación se da en otros ordenamientos jurídicos como el alemán, inglés, suizo, francés, e italiano: SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El contrato autónomo de garantía", pp. 156-157; y BERTRAMS, pp. 97-98.

En relación con el crédito documentario, igualmente: FERNÁNDEZ-ARMESTO, "Los créditos documentarios irrevocables", pp. 111 y ss., quien lo encuadra en la comisión indirecta; OELOFSE, pp. 112 y ss., negando que exista una estipulación en favor de tercero; GARRIGUES, *Contratos bancarios,* pp. 613 y ss. (mandato); ALONSO UREBA, "Naturaleza", p. 452, comisión mercantil indirecta; MARIMÓN DURA, "Planteamiento jurisprudencial", p. 306; HERNÁNDEZ MARTI, pp. 3303-3304; PORFIRIO CARPIO y LÓPEZ ORTEGA, pp. 29-30, citando las SSTS de 11 de marzo de 1991 y 20 de julio de 1995; CHECA MARTÍNEZ, p. 64; y CARRASCOSA, p. 755.

Partiendo del hecho de que el banco habrá aceptado la comisión, el ordenante, comitente, habrá de darle las instrucciones necesarias acerca de los elementos esenciales de la garantía, esto es, en opinión de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, la indicación del beneficiario, el importe, el plazo de validez, y la forma de pago (113). Las ISP no establecen el contenido mínimo del crédito contingente (114). No obstante puede establecerse que serán elementos mínimos la identificación de las partes intervinientes, el lugar donde se ha de realizar la presentación, el plazo, el importe —expresando, en su caso, la divisa, unidad de cuenta o la prestación *in natura*— y los términos del requerimiento de pago, lo que incluye la especificación de los documentos que, en su caso, se habrán de presentar por el beneficiario.

2. La relación jurídica entre el emisor y los sujetos intermediarios

Suele ser habitual en el ámbito del comercio internacional que intervengan más bancos, además del emisor, en la estructura del crédito contingente. Ha de tenerse en cuenta que la posición que esta persona ocupe puede variar en función del compromiso que asuma. Muy frecuentemente aparecerá la figura del confirmador y del notificador, como se evidencia, además, del hecho de que las Reglas dedican a estos sujetos una cierta atención. Se evidencia así una notable diferencia entre la mecánica de las garantías independientes —donde aparece la institución de la contragarantía— y la del crédito contingente que, por su semejanza a la operativa del crédito documentario, recurre a la figura de la confirmación. Baste a estos efectos una lectura de los diversos textos legales y su comparación: URDG (contragarantía), ISP (confirmación), y, por último, la CNUGICCC (que se refiere a ambas en un intento por conciliar la práctica bancaria continental y la angloamericana).

---

(113) Estos son los elementos mínimos que se consideran deben constar en la garantía: véase SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El contrato autónomo de garantía", pp. 166-176. El artículo 3 URDG entiende que todas las instrucciones para la emisión de garantías y sus enmiendas y las propias garantías y enmiendas deben ser claras y precisas, sin detalles excesivos, debiendo especificar: el ordenante, el beneficiario, el garante, la transacción de base, causa de emisión de la garantía, la cantidad máxima a pagar y la moneda de pago, la fecha de expiración y/o el hecho que entrañe la expiración de la garantía, los términos del requerimiento de pago, y cualquier disposición para reducir el montante de la garantía.

(114) Tampoco lo establece el Artículo 5 UCC. Sin embargo, el comentario a la sección 5-104, que se encarga de indicar que el UCC no establece una lista de los elementos que aparecerán en un crédito documentario, especifica que normalmente concurrirán: la cantidad disponible, la fecha de expiración, el lugar en que la presentación deberá ser hecha, y los documentos que deberán ser presentados al emisor.

Por otra parte, debe recordarse que bajo las ISP existe la figura del designado, que será la persona que aparezca en el crédito con el encargo de realizar determinadas funciones, que en su mayor parte coinciden con las que pueden asumir los intermediarios entre el emisor y el beneficiario, en el bien entendido que se podrán asumir una o varias funciones. Debe, por otra parte, recordarse que la persona designada tiene que aceptar el encargo, sin que dicha aceptación implique que está autorizada a obligar a la persona que la designó [art. 2.04.b) y c) ISP y art. 10.c) RUU].

Las relaciones que median entre los distintos bancos intervinientes corresponden, según la doctrina mayoritaria, a la estructura jurídica del contrato de comisión mercantil (115). En relación con ello, el artículo 1.08.c) ISP establece un límite a la responsabilidad del emisor, ya que éste no será responsable de los actos u omisiones de terceras personas, incluso si han sido escogidas por el emisor o por la persona designada (116).

---

(115) Más específicamente se ha indicado que se trata de una subcomisión: *"el banco, que en principio era comisionista, celebra un nuevo contrato de comisión con otro banco. Este no es un sustituto, sino un comisionista del primer comisionista":* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El contrato autónomo de garantía", p. 236, rechazando además que se trate de una delegación, cesión del contrato de comisión o de una comisión de garantía.

Asimismo: FERNÁNDEZ-ARMESTO, "Los créditos documentarios irrevocables", pp. 335 y ss., quien habla de comisión directa (si la relación es con el banco pagador) o indirecta (si la relación es con el banco confirmador); y M.ª Jesús GUERRERO LEBRÓN, "La responsabilidad del banco avisador en las operaciones de crédito documentario", Cuadernos de Derecho y Comercio, 1998, núm. 27, pp. 168-175, al hilo de la relación entre el banco emisor y el avisador (con dudas en lo que atañe a dicha relación: FERNÁNDEZ-ARMESTO, "Los créditos documentarios irrevocables", p. 336, nota 24). Vid. negando que se trate de un contrato de comisión precisamente examinando esta relación aunque sin pronunciarse acerca de su naturaleza: STS de 27 de octubre de 1984. La STS de 11 de marzo de 1991 parece entender que cuando interviene el banco mediador o intermediario notificando el crédito al beneficiario actúa en el uso de una estipulación en favor de tercero. Véase, sin embargo: STS de 16 de mayo de 1996, comentada por Alberto DÍAZ MORENO, CCJC, septiembre-diciembre 1996, marg. 1137, pp. 1049-1065, analizando las relaciones entre el emisor y los sujetos intermediarios en el crédito documentario.

Vid. además art. 12 RUU que se refiere al caso de que el banco corresponsal reciba instrucciones incompletas o imprecisas.

(116) El riesgo, pues, lo asume el solicitante. Bajo la sección 5-108(f)(2) y el artículo 15 RUU el emisor no es responsable de los actos u omisiones de otros. Vid. además artículo 18.b) RUU.

También se considera al emisor responsable del cumplimiento de leyes o usos diferentes de los escogidos en el crédito contingente o diferentes de los aplicables en el lugar de emisión [art. 1.08.d) ISP]. De forma similar: sección 5-108(f)(3) UCC, donde se indica que el emisor no es responsable de la observancia o el conocimiento de un uso particular del comercio diferente de la práctica estándar de las instituciones financieras que regularmente emiten créditos documentarios. Son, pues, estos últimos los que está obligado a conocer. Como al efecto indica el

— El confirmador. Esta es la relación más importante que vincula al emisor con uno de sus intermediarios, ya que el confirmador añade su promesa a la del emisor (117). El confirmador viene a asumir, pues, el papel que le correspondería al emisor y, por tanto, a él le corresponderá el deber de examen y, en su caso, pago o rechazo de la presentación. En el caso de que el confirmador pague contra una presentación conforme, el emisor habrá de proceder al reembolso de lo pagado, y de otros gastos razonables y habituales [arts. 8.01.b) y 8.02(b)(ii) ISP] (118). Las instrucciones o autorizaciones para obtener el reembolso de otro banco están sujetas a las reglas de la CCI sobre reembolso interbancario (art. 8.04 ISP) (119).

En principio, y pese al silencio de las reglas, es lógico pensar que el confirmador asumirá dicha función una vez que acepte el encargo. Lo que no se indica, a diferencia de lo que se deriva de la versión en castellano del art. 2.05 ISP en relación con el notificador [y con el confirmador en el artículo 9.c) RUU], es si tiene la obligación de rechazar el encargo so pena de que su silencio

---

Comentario Oficial a esa sección, núm. 10, el emisor ha de conocer los usos generales en el comercio marítimo, pero no se espera que entienda los sinónimos que se usan en un sector particular para la descripción de los productos que aparecen en la carta de crédito o en la factura.

Por su parte, el art. 18.d) RUU indica que el ordenante no estará obligado ni será responsable de indemnizar a los bancos por todas las obligaciones y responsabilidades que les impongan las leyes y usos extranjeros.

(117) Vid. también artículo 9.b) RUU y sección 5-107 UCC, que además establece que el confirmador tiene obligaciones y derechos contra el emisor, como si éste fuera el solicitante y el confirmador hubiese emitido la carta de crédito previa petición y por cuenta del emisor.

En opinión de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El contrato autónomo de garantía", p. 233, la participación del segundo banco suele hacerse de acuerdo con las instrucciones recibidas del primer banco, por lo que otorgará su garantía siguiendo las indicaciones y considerando los intereses del deudor principal. Opina, además, que este segundo banco es que el que queda obligado con el tercero beneficiario por el contrato autónomo de garantía. En otros casos, al beneficiario se le presenta una copia de la garantía concedida por el primer banco al pie de la cual se recoge la declaración del banco corresponsal por la que éste se declara obligado solidario en virtud de la garantía de acuerdo con las condiciones de la misma, luego se produce una adhesión del banco corresponsal a la garantía ya otorgada por el banco del ordenante. Nótese que el resultado bajo las ISP es parecido aunque no idéntico, ya que el confirmante añade a la promesa del emisor su promesa de cumplimiento del crédito contingente, por eso si uno de ellos indebidamente incumple, el otro tiene la obligación de cumplir. Este es el significado de la regla asentada en el artículo 2.01.d) (ii) y (iii): Cuando en la confirmación se permite la presentación al emisor (confirmante), el confirmante (emisor) también se compromete a cumplir si el emisor (confirmante) incumple indebidamente, actuando como si la presentación se hubiera realizado al confirmante (emisor).

(118) Vid. además art. 8.03 ISP.

(119) Vid. art. 19 RUU (Acuerdo de reembolso entre bancos).

le vincule [120]. En este sentido, y a diferencia, como se verá, con la función de notificar, resulta excesivo vincular al confirmador por su mero silencio.

Las Reglas no indican si el emisor ha de reembolsar al confirmador el importe de lo pagado en el caso de que la presentación fuese fraudulenta, aunque sí lo indica expresamente en lo que atañe a la relación solicitante-emisor. No obstante, como la relación entre el emisor y el confirmador equivale a la del solicitante-emisor, se puede llegar a la misma conclusión [121].

— El notificador (avisador en el crédito documentario). El emisor podrá notificar la existencia del crédito por sí mismo o designando a una persona al efecto. Como se sabe, esta persona no estará obligada a notificar a menos que acepte dicha designación [expresamente también lo indican el art. 7.a) RUU y la sección 5-107(c) UCC]. Surge también una obligación de hacer si no desea realizar la notificación, ya que en este caso habrá de comunicar su decisión negativa a la parte solicitante.

Son dos las cuestiones que se presentan. La primera es si realmente existe dicha obligción en las ISP, y la segunda, que presupone la existencia de dicha obligación, es la relativa a las consecuencias del incumplimiento del deber de comunicar el rechazo del encargo. Esto es, si su silencio o inacción valen como aceptación de la designación.

El artículo 2.05 ISP literalmente señala que *"si la persona a quien se solicita que notifique un crédito contingente decide no hacerlo, debe comunicarlo a la parte solicitante";* precepto que puede compararse con su paralelo en el art. 7.a) RUU: *"si el banco decide no avisar el crédito, deberá informar de su decisión, sin demora, al Banco Emisor"*. Claramente, pues, dichos preceptos establecen dicha actuación del banco en términos de obligación (deber).

Pues bien, si ello es así, no se entiende que el Comentario Oficial [122] señale que el deber de notificar es un principio de conveniencia, moral y práctico en cuanto a su naturaleza se refiere, cuyo incumplimiento no genera ninguna sanción aparte del efecto en cuanto a la reputación y futuras oportunidades de negocio. No obstante, esta aseveración del Comentario Oficial se entiende perfectamente si se tiene en cuenta que está evidentemente referida a la versión inglesa de las ISP, que no utiliza la expresión *"must notify"* (como hace la

---

(120) La CNUGICCC se refiere a una cuestión diversa pero que atañe también a las confirmaciones. Se trata de que el emisor ha de autorizar la confirmación de la promesa [art. 6.e) CNUGICCC]. La nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI, §14, se encarga de resaltar que al requerirse la autorización del emisor su silencio no le puede vincular.

(121) Vid. con idéntico resultado: Comentario Oficial a la sección 5-107 UCC, núm. 1.

(122) Comentario Oficial al artículo 2.05 ISP, núm. 5, p. 79.

versión inglesa de las RUU) sino el de *"shall notify",* que debería haberse traducido simplemente por "notificará", en lugar de haber empleado la de "deberá notificar". La diferencia es importante, ya que en un caso ciertamente existe una obligación, en el otro no [123].

Si se parte, pues, de la intención de los redactores en la versión inglesa —texto que prima sobre la traducción al castellano de las ISP—, debe concluirse que no existe una obligación de notificar. No obstante, es muy probable que el juez español sí entienda que existe dicha obligación y, consecuentemente, derive también un supuesto de aceptación por silencio. Piénsese si no en los jueces españoles que, ante los términos en los que se expresa el art. 2.05.b) ISP (obligación de comunicar el rechazo del encargo), y vinculados por el art. 248 Cco, que para el contrato de comisión entiende que el silencio del comisionista ante el encargo implica aceptación, derivarán muy probablemente de dicho incumplimiento una aceptación por silencio del encargo efectuado. Y ello sin necesidad de acudir a la aplicación del art. 248 Cco, que resultará, sin duda, aplicable si se entiende que esta cuestión no queda gobernada por las reglas de las ISP sino por el derecho nacional. A ello se añade que podría sostenerse que el silencio de la persona que recibe el encargo le vincula porque existe un deber de buena fe por su parte. Este deber de rechazar el encargo derivaría además del hecho de que su aceptación podría realizarse mediante actos de ejecución; actuación de la que puede no tener noticia inmediata el emisor, por lo que se creará en él la expectativa de que el encargo se está realizando. Además, la postura que se adopta en el Comentario Oficial al art. 2.05 ISP está influida en esta materia por el Comentario Oficial a la sección 5-107 UCC, que viene a indicar que dicho consentimiento ha de ser expreso, y que únicamente se otorga valor al silencio o la inacción del avisador cuando existe un acuerdo anterior en este sentido o cuando el silencio constituye aceptación bajo una aplicación de las reglas de perfección del contrato. Precisamente, el artículo 248 Cco vendría a ser un caso por el cual la Ley concede valor al silencio o inacción del destinatario de una oferta de contrato de comisión.

Las ISP indirectamente se pronuncian acerca de la relación que une al notificador con el emisor, ya que señalan que la aceptación del encargo no implica que la persona designada esté autorizada a obligar a la persona que le designó [art. 2.04.c) ISP]. Ello confirma que la relación no es de agencia —*agency* [124], en el término amplísimo anglosajón no coincidente con el español—, aunque sí perfectamente incardinable en el contrato de comisión.

---

(123) Vid., recalcando la opción de los redactores de las ISP frente a la redacción de las RUU: BYRNE, ISP 98 & UCP 500, p. 54.

(124) Así el Comentario Oficial a la sección 5-107 UCC, que aparece, pues, reflejado en el artículo 2.04(c) ISP.

En el caso de que se acepte la obligación de notificar, el notificador habrá de comprobar la autenticidad aparente del mensaje notificado (125), de acuerdo con los usos estándar de las cartas de crédito y la corrección de lo recibido (art. 2.05 ISP), esto es, que no se han producido alteraciones durante el proceso de transmisión. La última declaración es importante, ya que el notificador podría incurrir en responsabilidad si notifica negligentemente un término que no estaba incluido en el crédito o modifica alguno, por ejemplo, al transcribir lo recibido (126). Ha de quedar claro que el notificador no asume la función del emisor, por lo que no está obligado a cumplir con la promesa que éste realizó (127), esto es, el pago. Su función en este sentido es la de un mero *nuntius* o mensajero,

(125) Vid. de forma similar artículo 7.a) RUU (verificará la aparente autenticidad del crédito); y sección 5-107(c) UCC. En particular, el art. 7 RUU continúa señalando en el apartado b) que si el banco avisador no puede establecer la aparente autenticidad del crédito informará sin demora de ello al banco del que parece haber recibido las instrucciones y si, no obstante, decide avisar el crédito, informará al beneficiario de que no le ha sido posible establecer su autenticidad.

Por su parte, el Comentario Oficial a la sección 2.05 ISP, núm. 2, p. 78, clarifica que en el caso de que el mensaje se envíe vía SWIFT, existen determinados protocolos a seguir; cuando se envía por télex, existe un procedimiento para verificar las claves; y en los casos de transmisiones en papel (no se clarifica este término, pero probablemente incluye el correo, mensajero, y fax) existirá el correspondiente acuerdo bancario en relación con el uso y mantenimiento del libro de firmas.

(126) Nótese que esta función del notificador (avisador) no se recoge ni en el artículo 7 RUU, ni en la sección 5-107(c) UCC, aunque el resultado es el mismo ya que esta sección señala que, aun cuando el aviso no sea correcto, la carta de crédito, confirmación o modificación es vinculante tras su emisión.

Vid. precisamente el caso *Equitable Trust Company of New York v. Dawson Partners Ltd.* (1927) 27 Lloyd's L.R., 49, donde el banco avisador del crédito documentario omitió en su notificación la letra "s" que venía a cambiar el significado de los requerimientos del crédito documentario, ya que en lugar de indicar que el certificado de calidad de las mercancías había de ser emitido por expertos, notificó que el crédito estaba disponible mediante la presentación de un certificado por un experto.

(127) Vid. también: sección 5-107(b) UCC, refiriéndose, en general, a la persona nominada en el crédito que no asume el papel de confirmador. Y Comentario Oficial a la sección 5-108 UCC, núm. 6, donde se indica que a la persona nominada, salvo que sea confirmador o emisor, no se le impone ninguna obligación, aunque podría ser considerada responsable si no cumple con el encargo aceptado. Asimismo, STS de 6 de abril de 1992 en relación con el crédito documentario.

comisionista del banco emisor [128], aunque obligado como ya se ha comentado a comprobar la aparente autenticidad del mensaje notificado [129].

No se establece en las reglas el plazo de tiempo que tiene el notificador para realizar su encargo, por lo que se habrá de estar a lo que dispongan los usos y prácticas bancarias [130]. Tampoco se indican los medios de comunicación por los que se habrá de notificar la aceptación o rechazo del encargo; no obstante, puede establecerse que cualquier medio será apropiado, en el bien entendido que es usual la utilización de medios de comunicación instantáneos.

En el caso de que existan modificaciones en el crédito, el emisor habrá de notificar dichas modificaciones también al notificador, y de hecho el trámite de la notificación habrá de realizarse utilizando sus servicios [131]. Se establece, además, que la modificación, o cancelación de un crédito contingente, así como el que no se prorrogue un crédito que es automáticamente prorrogable, no altera la obligación del emisor —principalmente se deduce la del pago de comisiones— ante la persona designada, si ésta actuó dentro de los límites de su designación antes de haber recibido la notificación de la modificación, cancelación o de la falta de prórroga [art. 2.07.b) y c) ISP].

---

(128) Así de acuerdo en relación con el banco avisador en el crédito documentario: Rafael MARIMÓN DURÁ, "Análisis funcional del crédito documentario desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Estudios sobre jurisprudencia bancaria.* Directores: Cuñat Edo, V. y Ballarín Hernández, R. Elcano: Aranzadi, 2000, pp. 329-330, señalando que si incumple sus obligaciones de notificar incurrirá en responsabilidad contractual derivada del contrato de comisión frente al emisor, pero no frente al beneficiario, con quien, sin embargo, podría quedar sujeto a una responsabilidad extracontractual.

(129) Ello se ha concretado por la doctrina estudiosa del crédito documentario en la realización de las siguientes obligaciones por el banco avisador: comprobar la existencia jurídica del banco ordenante; verificar la existencia del beneficiario y de sus circunstancias personales y domiciliarias; comprobar la adecuación del texto a los usos y modos de proceder de la banca en este tipo de operaciones; y asegurarse de que la recepción del aviso (teletransmisión o comunicación postal) ha sido correcta (GUERRERO LEBRÓN, "La responsabilidad del banco avisador", p. 164).

Para la responsabilidad extracontractual en que incurre el banco avisador frente al beneficiario por la falta de notificación de la prórroga del crédito al emisor, quien en consecuencia no honró la presentación: STS de 17 de junio de 1994.

(130) El Comentario Oficial a la sección 5-107, núm. 2, indica que puesto que no existe un deber de aceptar el encargo, tampoco existe un deber de notificar el crédito a tiempo o en un momento determinado, tal y como se establece en el caso *Sound of Market Street v. Continental Bank International*, 819 F.2d 384 (3d Cir. 1987). Acerca de la cuestión del plazo, nos remitimos a lo que se dirá más adelante: *infra,* apartado VIII.g).

(131) Vid. igualmente art. 11.b) RUU. Para el derecho español: la interesantísima STS de 17 de junio de 1994 en relación con un crédito documentario cuya modificación no se notificó por el avisador al emisor.

3. La relación entre el garante y el beneficiario

Las ISP no se pronuncian acerca del tipo de relación que une al emisor (o al confirmante, art. 1.11(c)(i) ISP) y al beneficiario. Sin embargo, sí que dedican buena parte de su articulado a sus obligaciones respectivas. A continuación nos ocuparemos de dichas obligaciones básicas en el crédito contingente, si bien se ha de advertir que las obligaciones del beneficiario y del emisor son interdependientes: para que el banco cumpla con su obligación principal, que es la de honrar la presentación del beneficiario, éste ha de realizar una presentación conforme con las condiciones del crédito en el bien entendido que el beneficiario no tiene una obligación (132). El elemento clave es el examen diligente de los documentos por el banco: para lograr el buen fin del crédito es preciso que el emisor despliegue la diligencia propia que se deriva de su actividad profesional; de lo contrario contraerá una responsabilidad frente al beneficiario que presentó los documentos conforme a las condiciones del crédito, o frente al solicitante, si cumple con una presentación que no satisface los términos del crédito contingente.

Jurídicamente el nacimiento de la promesa que vincula al emisor irrevocablemente con el beneficiario comienza cuando el crédito contingente es efectivo, esto es, cuando sale del control del emisor (teoría de la expedición o emisión), a menos que en él se especifique claramente que en ese momento "no está emitido" o "no es exigible" (133). En este sentido, declaraciones como que el crédito no está "disponible", "operativo", "efectivo" o similares, no afectan a la naturaleza irrevocable y vinculante del crédito desde que sale del control del emisor (art. 2.03 ISP). En consecuencia, se ha de distinguir entre el momento en que el crédito es efectivo y el momento de su irrevocabilidad. El crédito —y también sus modificaciones— es siempre irrevocable y vinculante para su emisor desde su emisión, aunque el crédito puede no ser efectivo —momento que marca la posibilidad de cobro por parte del beneficiario— hasta un momento posterior si así se indica en el crédito.

---

(132) Se trata como indica GARRIGUES *(Contratos bancarios,* p. 601) de una carga (*onus*). Siguiendo al anterior: HERNÁNDEZ MARTI, p. 3307.

(133) Nótese que el art. 1.10.c)i) ISP señala que el término exigible no debe tenerse en cuenta. Parece, pues, que las propias Reglas están expulsando por la puerta un término, pero dan entrada al mismo por la ventana. No obstante, el defecto deriva de la utilización en la versión en castellano de un mismo término para dos situaciones diferentes cuando la versión en inglés emplea dos distintos.

Indirectamente las reglas apoyan la calificación jurídica de la relación que une al banco con el beneficiario como de promesa unilateral [134]; consideración que ha sido mantenida por un sector de nuestra doctrina, frente a la posición contractual [135] que sostiene otro importante grupo de autores en relación con la

---

[134] De promesa de pago unilateral califica a la *standby* CARRASCOSA, p. 752, aunque más adelante parece sostener lo contrario (p. 797) al señalar que la relación entre el segundo banco (garante, emisor de la garantía directa) y el beneficiario es una relación contractual, un contrato de garantía.

ALONSO UREBA, "Naturaleza", p. 460, mantiene, por su parte, en relación con el crédito documentario que la relación que une al banco con el beneficiario-vendedor deriva de la emisión del primero de una declaración unilateral de voluntad constitutiva de un negocio jurídico atípico e innominado, esto es, emite una promesa unilateral de pago. Más adelante (p. 476), mantiene en relación con la propia naturaleza jurídica del crédito documentario que se aproxima a la figura de los contratos unidos, es decir, prestaciones diversas en el marco de negocios distintos pero interdependientes en la medida en que unos juegan como causa (negocio de base) de otros (negocio de ejecución). Vid. igualmente: Alberto ALONSO UREBA, "El crédito documentario", en *Contratos bancarios y parabancarios,* dirigido por Ubaldo Nieto Carol, Valladolid, Lex Nova, 1998, pp. 1117-1125 y p. 1128, con apoyo en la STS de 26 de octubre de 1989 que, en su opinión, es la primera sentencia del TS que en relación al crédito documentario acude a la figura de la promesa de pago unilateral, irrevocable y funcionalmente abstracta, y STS de 8 de mayo de 1981 que expresamente se refiere a dicha relación como promesa abstracta de pago y que, en su opinión, parece acoger implícitamente la figura de los contratos unidos; y Alberto ALONSO UREBA y Jorge Arístides VIERA GONZÁLEZ, "El crédito documentario", *Derecho del Mercado Financiero,* dirigido por Alberto Alonso Ureba y Julián Martínez-Simancas y Sánchez. Tomo II, vol. 1.º, Madrid, Civitas, 1994, pp. 755 y ss.; DÍAZ MORENO, "Las garantías a primer requerimiento (Garantías a primera demanda)", pp. 138-139; y PORFIRIO CARPIO y LÓPEZ ORTEGA, p. 30, con apoyo en las SSTS de 11 de marzo de 1991 y 3 de mayo de 1991.

[135] Expresamente en el ámbito de las ISP: ANGLADE, pp. 163 y ss. Entre nosotros, sostiene SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El contrato autónomo de garantía", p. 136, y pp. 255-276 y ss., que el contrato entre el emisor y el beneficiario es un contrato de garantía bilateral y que no puede admitirse como hacen algunos autores en relación con el crédito documentario que es un negocio jurídico unilateral, ya que ni el banco promete un pago, como hace el que concede un crédito documentario, ni la aceptación por parte del beneficiario de la garantía puede ser cuestionada.

En relación con el crédito documentario: FERNÁNDEZ-ARMESTO, "Los créditos documentarios irrevocables", pp. 228 y ss., oferta irrevocable del banco contenida en la carta de crédito que es aceptada por el silencio del beneficiario; TAPIA HERMIDA, "La presentación de los documentos fuera de plazo en el crédito documentario", RDBB, enero-marzo 1997, núm. 65, pp. 404-305, también aboga por la relación contractual entre el emisor y el beneficiario, de tal forma que la notificación del banco al beneficiario es una oferta irrevocable, que se acepta por medio de su silencio. Igualmente: HERNÁNDEZ MARTI, p. 3301. Implícitamente: STS de 20 de julio de 1995: "A dicho acto jurídico originario se incorporó el contrato que el banco emisor (...) celebró con la parte vendedora-beneficiaria"; y la Opinión Oficial de la CCI R259.

garantía independiente y con el crédito documentario [136]. No establecen, por otra parte, las ISP la forma en que se puede emitir la garantía. No obstante, puesto que en el derecho español rige el principio de libertad de forma, podrá realizarse por cualquier medio, incluso electrónico, siempre que, como dice el art. 7.2 CNUGICCC, dicho soporte permita autenticar su origen por un medio generalmente aceptado o un procedimiento convenido al efecto por el garante/emisor y el beneficiario.

VII. LA PRESENTACIÓN DE LOS DOCUMENTOS EXIGIDOS EN EL CRÉDITO CONTINGENTE

La presentación de los documentos que se exigen en el crédito contingente corresponde al beneficiario, y evidentemente no sólo funciona como tal presentación, sino además como requerimiento al emisor para que cumpla su promesa [137]. El acto de presentación debe cumplir con unas condiciones mínimas relativas a su efectividad, momento, lugar, persona a la que debe hacerse y el medio de presentación (art. 3.01 ISP). En su defecto se aplicará el conjunto de disposiciones de la Regla 3 (Presentación) ISP.

La presentación se considera realizada cuando se reciben los documentos exigidos en el crédito contingente, incluso si no se presentan todos los documentos exigidos, o si dicha presentación no es conforme. En estos casos, se permite que se realice más de una presentación o la retirada de la presentación ya realizada (art. 3.07 ISP); regla que es particularmente importante en el caso de presentaciones no conformes, por lo que se permite, en definitiva, que el beneficiario subsane los defectos de conformidad. De esta forma, aun cuando en el crédito se prohíban las disposiciones o las presentaciones parciales o múltiples, se podrá realizar otra presentación en plazo o una nueva presentación

---

(136) En el derecho comparado, la doctrina y la jurisprudencia oscilan entre aquellos que mantienen una postura contractualista (Alemania, Francia e Inglaterra) y aquellos que conciben que se trata de una promesa unilateral (Bélgica), pasando por los ordenamientos que están divididos (Holanda). Vid. BERTRAMS, pp. 166-167, que entiende que implícitamente las URDG y la CNUGICCC se inclinan por la naturaleza de promesa unilateral de la relación que une al banco y al beneficiario, aunque el mismo es partidario de la naturaleza contractual.

(137) El art. 20 URDG se ocupa del requerimiento de pago indicando que ha de ser por escrito. En concreto, se ha de presentar una declaración escrita —tanto en el propio requerimiento o en una declaración separada que lo acompañe—, donde se especifique, en primer término, que el ordenante ha faltado a sus obligaciones según el contrato de base o, en el caso de una garantía de licitación, a las condiciones de la licitación, y, en segundo lugar, lo que ha incumplido el ordenante.

en plazo [138]. En definitiva, se consagra así un principio de independencia de las presentaciones que tiene un doble sentido. De una parte, se evita que se cree una práctica entre el emisor y el beneficiario, que diese derecho a éste a exigir que se le exima del cumplimiento de alguno de los requisitos exigidos en el crédito si con anterioridad se admitieron presentaciones no conformes (ineficacia, pues, de la regla de la preclusión o *preclusion rule*; regla a la que nos referiremos más adelante), y de otra, que la presentación no conforme no tiene efectos sobre otras presentaciones [139].

1. Qué constituye una presentación

El artículo 3.02 ISP se refiere a esta cuestión indicando que la recepción de un documento exigido en un crédito contingente y presentado a su amparo constituye una presentación. Se especifica que la no presentación de todos los documentos exigidos constituye también una presentación.

La presentación puede ser, en determinados casos, electrónica, en cuyo caso la recepción de dicha presentación electrónica tiene lugar: cuando un registro electrónico se incorpora de manera que pueda ser procesado por los sistemas de información estipulados en el crédito contingente, o cuando el emisor recupera un registro electrónico enviado a un sistema de información diferente del designado por el emisor [art. 1.09.a) ISP].

2. Identificación del crédito contingente

La identificación del crédito es una obligación importantísima que ha de realizar el beneficiario para que el emisor pueda cumplir con su promesa. La identificación puede realizarse de varias maneras, por ejemplo, como resulta habitual en la práctica del crédito documentario, indicando el número de referencia completo del crédito, y el nombre y ubicación del emisor o adjuntando el original o una copia del crédito contingente [art. 3.03.b) ISP]. El emisor, no

---

(138) Vid. además art. 3.08 ISP.

(139) Vid. artículo 3.07 reglas b) y c) ISP. En particular, la regla del apartado b) no permite que, bajo la carta de crédito contingente, el incumplimiento indebido de una presentación se contagie a las subsiguientes presentaciones que estén permitidas bajo la carta de crédito, lo que suele ser habitual en las operaciones de financiación en que la *standby* se va presentando en las fechas de vencimiento indicadas en la *standby* (*standby* financiero). Análogamente, en el crédito documentario tal y como se deriva de la Opinión Oficial de la CCI R332: *"The fact that a bank may have previously accepted discrepant documents, with or without an applicant waiver, does not bind that bank to accepting a similar discrepancy(ies) on any future drawing(s) unless local law states otherwise"*.

obstante, puede renunciar a la identificación de una presentación [art. 3.11.a) ISP]; aunque en este caso corre el riesgo de que realizada la identificación, quede poco tiempo para su labor de examen. Por eso, la regla general, que se establece en el art. 3.03.c) ISP (140), es acorde con la práctica bancaria de que el tiempo disponible para el examen, pago y, en su caso, notificación del incumplimiento corren desde el mismo momento en que se identifica el crédito, ya que, de lo contrario, el emisor podría, incluso sin saberlo, incumplir a su vez sus obligaciones. Con todo, esta exigencia de identificación se dice que es una trampa para el beneficiario, que podría evitarse fácilmente incluyendo esa información en el propio crédito (141). En este punto, se impone una interpretación de las Reglas a la luz del principio de la razonabilidad y buena fe, salvándose así la posibilidad de que el emisor se agarre a la insuficiencia de la identificación para rechazar la conformidad del crédito especialmente si el volumen de *standbys* que maneja el emisor es pequeño o si dispone de medios informáticos que faciliten la identificación del crédito a través de la utilización de otros parámetros como el nombre del beneficiario, etc. (142).

3. Lugar para realizar la presentación

En defecto de una determinación expresa en el crédito contingente acerca del lugar y la ubicación en dicho lugar, el lugar de presentación será el correspondiente al establecimiento desde donde se emitió el crédito contingente (143). En relación con la ubicación del lugar de presentación, si éste no se indica

---

(140) *"Si el emisor no puede determinar, por la apariencia del documento recibido, que debe ser tratado al amparo de un crédito contingente o no puede identificar el crédito contingente al que se refiere, se considera que la presentación se ha efectuado en la fecha de la identificación"*.

(141) DOLAN, "Analyzing", pp. 1892-1893.

(142) Es posible que el propio crédito exija que se presente el original del crédito contingente, en cuyo caso se habrá de presentar el mismo. Ha de tenerse en cuenta que si el original se pierde, es robado, mutilado o destruido, el emisor no está obligado a reemplazarlo ni a renunciar al requisito de que el original se presente al amparo del crédito contingente. Si el emisor, no obstante, accede a reemplazar el crédito original o a renunciar al requisito de su presentación, podrá proporcionar un crédito sustitutivo o una copia al beneficiario sin que resulten afectadas las obligaciones de reembolso del solicitante ante el emisor, pero si actúa así, el emisor debe marcar el crédito sustitutivo o la copia como tales. El emisor puede, a su exclusiva discreción, exigir al beneficiario las seguridades que considere satisfactorias y, a las personas designadas, garantías de que no han efectuado ningún pago (art. 3.12 ISP). Nótese lo excesivo de la disposición, claramente pro-banco, especialmente a la luz del derecho cambiario y del sistema de amortización previsto en el capítulo XI de la Ley Cambiaria y del Cheque.

(143) Análogamente: artículo 15.2 CNUGICCC.

especificando por ejemplo un departamento, piso, sala, central, terminal postal, apartado de correos u otra ubicación, la presentación podrá hacerse en la dirección postal general indicada en el crédito contingente, en cualquier ubicación del lugar designado para recibir entregas de correos o documentos, o a cualquier persona del lugar de la presentación, autorizada real o aparentemente para realizarla [artículo 3.04.d) ISP]. Se desaconseja el uso de expresiones en el crédito del tipo "este crédito se presentará en ventanilla", ya que son poco claras acerca de la ubicación del lugar de presentación; nótese que los emisores suelen contar con departamentos especializados en créditos documentarios o, incluso, lo que es frecuente, pueden mantener oficinas y personal separados para el tratamiento de los créditos contingentes y de los créditos documentarios (144).

En los casos en que el crédito sea confirmado, la presentación habrá de realizarse en el establecimiento del confirmante desde donde se emitió la confirmación, o bien se habrá de presentar al emisor [art. 3.04.c) ISP].

4. Persona a la que se ha de realizar la presentación

En principio, si se especifica correctamente el lugar y ubicación del lugar de presentación de los documentos, no será necesario mencionar a la persona o personas que habrán de recibir los documentos. En la hipótesis de que se quiera mencionar este extremo, es conveniente no referirse a la persona por su nombre, sino por su título, aunque éste puede causar problemas si se lleva a cabo

---

(144) La importancia de esta Regla de las ISP acerca del lugar para realizar la presentación se ilustra adecuadamente con la siguiente hipótesis que se le planteó a la CCI: Las horas bancarias del banco emisor durante el sábado van desde las 9 horas hasta las 13 horas, mientras que el departamento de correos del banco opera durante las 24 horas. El banco emisor recibe los documentos del negociador a las 13.30 horas, recibiendo los documentos el departamento de créditos documentarios el lunes. La pregunta fue cuál de los dos días, el sábado o el lunes, ha de considerarse el día de recepción de los documentos. La Opinión Oficial de la CCI viene a expresar lo que es precisamente una Regla en las ISP, esto es, que la presentación ha de realizarse al Banco indicado en el crédito, por lo que el sábado contaría como fecha de la recepción a los efectos del art. 13.b) RUU, excepto cuando en el crédito se hubiese indicado que la presentación habría de realizarse en un lugar específico como el departamento de créditos documentarios. Opinión Oficial de la CCI R265. Véase también Opinión Oficial R325, señalando que los días en que se trabaja media jornada cuentan como un día laborable bancario.

Por otra parte, el emisor puede renunciar a la Regla que se comenta: art. 3.11.a) ISP.

BYRNE, ISP 98 & UCP 500, p. 68, comentando, sin embargo, el art. 3.05 ISP indica algo diferente. Entiende que dicho precepto de las ISP refleja lo que es la práctica estándar en materia de crédito documentario, esto es, que la hora de cierre ha de entenderse en relación con el departamento de crédito documentario y no el departamento de correo que puede estar abierto siete días a la semana durante las 24 horas del día.

una reestructuración en la empresa, y dicho cargo desaparece [145]. En cualquier caso, el art. 3.04.d) iii) ISP, que se aplica como regla dispositiva en relación con la ubicación del lugar de presentación, indica que la presentación habrá de realizarse a cualquier persona del lugar de la presentación, autorizada real o aparentemente para recibirla. Por eso, no constituye presentación la entrega de los documentos, por ejemplo, al personal de limpieza.

En los casos de sindicación, esto es, cuando existe un único crédito contingente pero con múltiples emisores, y el crédito contingente no indica a quién ha de realizarse la presentación, el art. 10.01 ISP establece que se podrá efectuar a cualquiera de los emisores con efectos vinculantes para todos ellos [146].

5. Plazo para realizar la presentación

El plazo para realizar la presentación está en íntima conexión con el plazo de vigencia del crédito, como se deriva del art. 3.05 ISP. Su fijación en el crédito contingente es importante porque del plazo depende la vigencia misma del crédito, así como las respectivas obligaciones y cargas para las partes (plazo durante el cual el banco quedará vinculado y plazo para que el beneficiario presente los documentos) o, incluso, algún otro extremo como el relativo al importe de la comisión.

Antes de examinar la regla del art. 3.05 ISP, conviene, sin embargo, analizar la relativa al plazo de vigencia del crédito (art. 9.01 ISP) por la interrelación entre ellas.

A) El plazo de vigencia del crédito: artículo 9.01 ISP

El artículo 9.01 ISP señala que: *"El crédito contingente debe: a) incluir una fecha de vencimiento, o b) permitir que el emisor resuelva el crédito contingente tras una notificación previa razonable o el pago"*.

Del tenor literal del art. 9.01 ISP no parece que se establezca una regla dispositiva, ya que, o bien la fecha de vencimiento aparece en el crédito *standby*, o éste debe permitir que el emisor resuelva el crédito contingente tras

(145) Comentario Oficial a la sección 3.04 ISP, núm. 8, pp. 102-103.

(146) Vid. además art. 10.02 ISP relativo a la participación, esto es, aquellas situaciones en que el emisor vende participaciones de sus derechos ante el solicitante a otros bancos.

una notificación previa razonable o el pago (artículo 9.01 ISP) [147]. Es decir, el precepto parece entender que el crédito ha de contener una determinación expresa acerca del momento de su terminación o, si no especifica ese extremo, ha de señalar una forma posible para su declaración extintiva unilateral: notificación previa del emisor concediendo un plazo razonable al beneficiario para que reclame el importe del crédito; una vez que expire el plazo, el crédito se considerará extinto.

Es criticable este precepto por varias razones, aunque particularmente porque no queda nada claro cómo se articula, sin que podamos en este momento abordar los delicados problemas que presenta este precepto, ni tampoco los que se derivan del comentario oficial [148].

B) La presentación realizada en plazo: artículo 3.05 ISP

El artículo 3.05 ISP indica la fecha inicial y final en la que podrá realizarse la presentación. Para ello se señala que habrá de realizarse en cualquier momento posterior a la emisión del crédito —cuando sale del control del emisor— y antes del vencimiento. En él se incluye el mismo día del vencimiento; fecha que habrá de aparecer en el crédito contingente como fecha límite para efectuar una presentación conforme. La presentación en el día de vencimiento habrá de realizarse antes de la hora de cierre [149], ya que de lo contrario se considerará realizada al día hábil siguiente, lo que implicaría en esta circunstancia una presentación fuera de plazo [150]. Por otra parte, se establecen varias reglas que tratan diversas contingencias que tienen como finalidad prorrogar la fecha de presentación:

---

(147) El art. 42.a) RUU establece, por contra, que en todos los créditos deberá indicarse una fecha final; se desaconseja, además, que en el crédito se indique que el mismo es disponible "por un mes", "por seis meses" o expresión similar.

(148) Comentario Oficial al art. 9.01 ISP, pp. 292-293.

(149) Lo que no deja de ser sino una expresión de la regla general establecida en el artículo 9.04 ISP acerca de la hora de vencimiento: *"si no se estipula una hora del día para el vencimiento, éste se produce al cierre comercial en el lugar de la presentación"*. Vid. también: art. 45 RUU.

(150) No obstante, el artículo 3.11 ISP permite que el emisor renuncie al tratamiento de la presentación realizada después de la hora de cierre como si se hubiera realizado al día hábil siguiente. Renuncia que se entiende en relación con la regla enunciada o a cualquier término similar estipulado en el crédito contingente.

1) Vencimiento en día inhábil.

Si el último día estipulado en el crédito contingente para la presentación (tanto si se estipula como fecha de vencimiento o como fecha en que los documentos deben recibirse) no es un día hábil para el emisor o para la persona designada en el lugar donde tiene que llevarse a cabo la presentación, ésta se considerará hecha en plazo, si se realiza allí el primer día hábil siguiente [art. 3.13.a) ISP] (151).

2) Cierre en día hábil y autorización para realizar la presentación en otro lugar razonable (art. 3.14 ISP).

Esta disposición se ocupa de aquellas hipótesis en que el lugar de la presentación está cerrado en un día hábil para la presentación y este cierre impide la presentación en plazo. En estas circunstancias, se prevé un prórroga automática, o, incluso, la posibilidad de que el emisor autorice otro lugar razonable para realizar la presentación, por ejemplo, en los casos de cambio de domicilio. Ese precepto trata un supuesto de fuerza mayor (aunque no exclusivamente como se deriva del hecho de que los cambios de domicilio también quedan cubiertos) (152), en el que el banco está cerrado impidiéndose la presentación en plazo. Por ello, el último día del plazo para la presentación se prorroga automáticamente treinta días naturales, posteriores a la reapertura del lugar de la presentación, a menos que en el crédito contingente se disponga de otro modo. Nótese que esta consecuencia es radicalmente diferente de la indicada en el art. 17 RUU: *"salvo que sean expresamente autorizados para ello, los bancos, al reanudar sus actividades, no pagarán, ni contraerán compromiso de pago diferido, ni aceptarán instrumento/s de giro ni negociarán al amparo de Créditos que hayan vencido durante tal interrupción sus actividades"*. Es decir, que bajo las RUU la fuerza mayor es una excepción a la obligación de pago del banco

(151) En este caso la persona designada a quien se realiza tal presentación debe notificar esta circunstancia al emisor [art. 3.13.b) ISP]. Se trata, pues, de una aplicación de la regla general en materia de cómputo del tiempo (art. 9.03 ISP).

Vid. análogamente: art. 44.a) RUU.

(152) Curiosamente de donde mejor se deriva el hecho de que el art. 3.14 no se restringe a los casos de fuerza mayor es del Comentario Oficial al art. 4.14 ISP, núm. 3, p. 177. El Comentario Oficial al art. 3.14 ISP, núm. 1 y ss., pp. 134 y ss., se refiere a la fuerza mayor, aunque en el núm. 11, p. 137, ofrece como pista el hecho de que la Regla opera con independencia de que el cierre esté previamente planeado o no.

emisor, mientras que en las ISP no lo es, al menos por lo que atañe al cierre del lugar de presentación [153].

Para finalizar, existe una importante disposición relativa a las cláusulas llamadas *"extend or pay"*, esto es, "prorrogue o pague" (art. 3.09 ISP) [154].Conforme a la regla ahí establecida, la solicitud del beneficiario de prorrogar la fecha de vencimiento del crédito contingente o, como alternativa, cobrar el importe disponible, constituye una presentación en la que se exige el pago y que, por tanto, debe ser examinada por el banco. Al mismo tiempo, supone una petición del beneficiario al emisor para que obtenga la aprobación del solicitante y para que emita la modificación. Además, se presume por el hecho de la petición que el beneficiario acepta la modificación de la prórroga de la fecha de vencimiento hasta la fecha solicitada [155] y que, en el caso de que se emita la modificación, renuncia a la reclamación de pago; asimismo, se presume que acepta el tiempo máximo disponible al amparo de las reglas para el examen y la notificación del incumplimiento [156].

6. Medio por el cual podrá realizarse la presentación. La presentación electrónica de los documentos

Se establece en el artículo 3.06.b) ISP de forma dispositiva que el documento habrá de ser presentado en papel. Esta regla dispositiva claramente sitúa en lugar de inferioridad a los medios electrónicos, puesto que la presentación electrónica sólo es posible si así se estipula en el crédito (en cuyo caso obligatoriamente se ha de hacer de esa manera y será conforme si se presenta en un

---

(153) El Comentario Oficial al art. 3.14 ISP, núm. 1, p. 134, explica que el acogimiento de esta regla se debe a que es práctica usual en los créditos *standby* excluir o variar lo dispuesto en el art. 17 RUU. BYRNE, ISP 98 & UCP 500, p. 87, por su parte, señala que con la regla de las ISP quedan reflejadas las demandas de los dos grupos más importantes de beneficiarios: el gobierno de EEUU y las aseguradoras.

(154) El artículo 26 URDG se refiere extensamente a esta materia. Se indica que el garante informará al ordenante de la petición del beneficiario de prorrogar el crédito. En este caso, el garante suspenderá durante un plazo razonable el requerimiento de pago en espera de que el ordenante y el beneficiario se pongan de acuerdo. Si no se concede ninguna prórroga antes del vencimiento de dicho plazo, el garante estará obligado a pagar al beneficiario y no incurre en responsabilidad. Según se desprende, además, de dicho precepto, es necesario el acuerdo del ordenante, garante y, en su caso, contragarante para conceder la prórroga.

(155) Conforme al art. 9.03 ISP las prórrogas comienzan el día natural siguiente a la fecha de vencimiento estipulada, incluso si en dicho día el emisor ha cerrado. Por día natural se entiende obviamente cualquier día del calendario (*calendar day*).

(156) Para el cómputo de los plazos pueden verse los artículos 9.03 a 9.04 ISP.

registro electrónico que pueda ser autenticado por el emisor o por la persona designada a quien se presenta) o, en su defecto, si el crédito exige sólo la presentación de una reclamación.

En este último caso de posible reclamación electrónica —cuando no se indica el medio de presentación del crédito—, se establecen dos reglas que nuevamente evidencian una restricción en la utilización de medios electrónicos. La primera se refiere a que la presentación será conforme si se presenta por SWIFT, télex cifrado u otro sistema autenticado similar, si el beneficiario es un miembro de SWIFT o un banco. En cualquier otro supuesto, la reclamación que no se presenta en papel no es conforme a menos que el emisor permita, a su exclusiva discreción, el empleo de aquel medio. Nótese, no obstante, la restricción que de esta renuncia realiza el artículo 3.11.c) ISP, al señalar que la misma sólo es posible en la medida en que el banco esté tratando de hecho con el beneficiario verdadero. No se entienden las trabas a la utilización de medios electrónicos, contrastando la normativa con la de la CNUGICCC que permite que la reclamación de pago —así como la emisión de la promesa— se haga en cualquier forma por la que se deje constancia del texto de la promesa y que permita autenticar su origen por un medio generalmente aceptado o un procedimiento convenido al efecto por el garante/emisor y el beneficiario (arts. 15.1 y 7.2 CNUGICCC).

Por otra parte, cuando la presentación es documentaria —se exigen otros documentos distintos de las simples reclamaciones—, y no existe autorización a la presentación electrónica en el crédito contingente, pero, aun así, se presentan los documentos mediante ese medio, el documento no se considerará presentado, incluso si el emisor o la persona designada que lo recibe genera el documento en papel.

Con estas reglas restrictivas [157] en la utilización de los medios electrónicos parece que se quiera garantizar la presentación de documentos originales. No obstante, las propias Reglas entienden que la presentación electrónica es

---

[157] El Comentario Oficial a la sección 5-102 UCC es en este sentido también cauteloso con los medios electrónicos y así indica que sólo en determinadas circunstancias se podrá considerar documento al emitido por medios electrónicos: si expresamente se permite el uso de dichos medios en la carta de crédito, si la práctica estándar así lo autoriza y la carta de crédito no lo prohíbe, o el acuerdo entre el emisor y el beneficiario lo permiten. El hecho de que los datos electrónicos se reciban en papel, continúa el Comentario Oficial, no permite que sean considerados documentos en el momento de la práctica actual.

Entre nosotros, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El contrato autónomo de garantía", pp. 349-350, ya indicaba que la presentación podía realizarse por teletransmisión, medios electrónicos u otros medios de comunicación similares sin que requiriese una posterior confirmación.

equivalente a original [art. 4.15.b) ISP] (158). En realidad, el Comentario Oficial nos dice que, si bien en la emisión y la modificación de los créditos contingentes se utilizan a menudo dichos medios electrónicos, la aceptación de la presentación electrónica de documentos sólo se ha de admitir caso por caso. Esta situación deriva evidentemente del paralelismo que se realiza con el crédito documentario y de la presentación de documentos que tradicionalmente se realiza a su amparo, así como de la falta de establecimiento de un método consensuado o aceptado para el procesamiento de dichos mensajes (159). Por ello, las ISP sólo invierten la regla de la presentación de documentos en papel cuando se ha de presentar una simple reclamación, pero, aun en este caso, únicamente cuando se utiliza SWIFT u otro medio autenticado o similar por un miembro de SWIFT o un banco, lo que viene a ser una referencia al télex cifrado, descartándose, pues, otros medios de comunicación (160).

Esta situación, no obstante, tiene visos de mejorar, por dos razones. En primer lugar, porque las ISP fueron redactadas sin que estuviese todavía aprobada el elenco de normas que de forma totalmente progresista gobiernan hoy en EEUU los conceptos de firma, original, copia, etc. (por ejemplo: Electronic Signatures in Global and National Commerce Act *(E-Sign Act)*, que entró en vigor el 1 de octubre de 2000), por lo que se espera la legalización del principio de equivalencia funcional (161). En segundo lugar, mejorará, al menos, de momento, por lo que respecta a los créditos documentarios, ya que se espera que a finales del presente año se apruebe el denominado *eUCP*, esto es, el suplemento a las RUU acerca de la presentación electrónica de documentos —*UCP Supple-*

(158) Vid. también: artículo 20.b) RUU, y art. 8 LMUCE (Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, 1996).

(159) La CCI ha perdido una buena oportunidad de pronunciarse acerca de los documentos electrónicos —en concreto acerca de los mensajes vía EDI (*Electronic Data Interchange*)— en sus diferentes textos, en concreto y por lo que ahora respecta en relación con los RUU, URDG e ISP. Efectivamente, ante la pregunta de si los mensajes EDI pueden ser considerados documentos apropiados bajo las Reglas indicadas de la CCI, lacónicamente, ha señalado que: a) un crédito puede permitir la presentación de mensajes EDI, pero ha de especificar la forma, el contenido, el emisor y la firma; y que los RUU no han sido específicamente diseñados para los mensajes EDI; b) que bajo el art. 2.d) URDG, que expresamente menciona al EDI como equivalente al escrito, la demanda de pago puede ser un documento EDI; y c) ante la pregunta de si bajo el art. 1.09(a) ISP se pueden emitir mensajes EDI para demandar el pago, la respuesta es un mero recital de las disposiciones de las ISP sobre esta materia, a saber: el mencionado precepto, y los arts. 3.06 y 4.13. Vid. Opinión Oficial de la CCI todavía no publicada.

(160) Vid. Comentario Oficial al art. 3.06 ISP, núm. 4, p. 110.

(161) Vid. sobre este principio: Rafael ILLESCAS ORTIZ, *Derecho de la contratación electrónica,* Madrid, Civitas, 2001, pp. 143 y ss.

ment for electronic presentation of documents—[162]. Ha de advertirse que la presentación electrónica de documentos significará que el ordenador será capaz de procesar los datos de los documentos presentados y automáticamente identificar las discrepancias entre ellos, por ejemplo, si falta una coma o si existe un error tipográfico. Esta función del ordenador que, sin duda, será considerada ventajosa por el banco, no debe llevar hasta el extremo de que la labor de examen esté exclusivamente automatizada sino que el emisor —como un examinador razonable de los documentos— sea en última instancia quien decida si la falta de la coma o el error tipográfico, por ejemplo, constituye o no falta de conformidad en la presentación.

VIII. LA OBLIGACIÓN DE EXAMEN DE LOS DOCUMENTOS

La obligación de examen de los documentos aparece detallada en la Regla 4 ISP, y es una de las obligaciones principales del banco, así como uno de los temas más importantes en la carta de crédito contingente y en las garantías independientes. Es una obligación que ha de cumplir en cualquier caso, incluso cuando la persona designada acompañe a la presentación de los documentos una instrucción en la que declare que los documentos son discrepantes [art. 5.08.d) ISP] [163].

En principio, no es obligatorio que el emisor se comunique con el ordenante ni para informarle de que el beneficiario ha reclamado la garantía (art. 3.10 ISP), ni para solicitar su aprobación (art. 4.10 ISP) [164], lo que resulta ciertamente acorde con el principio de independencia. No obstante, es posible, aun-

---

(162) Un temprano trabajo en esta materia puede verse en: R. David WHITAKER, "Letters of Credit and Electronic Commerce", Idaho Law Review, 1995, núm. 31, pp. 699-717.

(163) Vid. además: arts. 5.08 [apartados a) a c)] y 4.02 ISP.

(164) Vid. por contra, en relación con las reclamaciones abusivas, demandando por tanto la comunicación al solicitante: CERDA OLMEDO, "Garantía independiente", pp. 189-190; y CAMACHO DE LOS RÍOS, "Interpretación de las cláusulas", p. 414, probablemente influenciados por la regulación de las URDG en este punto que con el objetivo de evitar reclamaciones abusivas exigen que el garante informe sin demora de la presentación de la demanda al ordenante o, en su caso, al contragarante, quien informará al ordenante; y además que el garante transmita sin tardanza el requerimiento del beneficiario y todos los documentos pertinentes al ordenante o, cuando corresponda al contragarante para que los transmita al ordenante (arts. 17 y 21 URDG). El art. 17 URDG ha de entenderse sin perjuicio de lo establecido en el art. 10 URDG, que exige al garante que examine los documentos, así como que tome la decisión acerca de pagar o rechazar la demanda, en un tiempo razonable. Por otra parte, como se indica comentando el art. 17 URDG, en la práctica el tiempo para notificar el rechazo de la demanda es tan corto que el garante notificará al solicitante al mismo tiempo la demanda y su intención de rechazar la demanda o, en su caso, el rechazo mismo (GOODE, "Guide to", p. 87).

que no es recomendable, que la garantía exija la aprobación, por ejemplo, señalando que el solicitante ha de emitir, firmar o contrafirmar un documento exigido. En este caso, el emisor habrá de cumplir con dicho requisito, pero no será responsable de la retención que haga el solicitante del documento o la firma (art. 4.10 ISP) (165). Además, el deber de examen depende obviamente de que las instrucciones que le haya dado el cliente sean claras y precisas (166).

El principio básico que modula esta obligación del banco es el de la conformidad aparente o facial de los documentos. Además de esta regla general, las ISP precisan otras, en ocasiones principios, que el banco habrá de seguir durante la realización de su labor de examen. En todo caso, el banco desarrollará su actuación conforme a la diligencia de un ordenado banquero (comerciante) en su específico sector de actuación.

1. El principio de conformidad aparente (o facial) de los documentos

El banco, una vez que se realiza una presentación, ha de examinar su aparente conformidad, es decir, que la presentación aparentemente resulta conforme con los términos y condiciones del crédito contingente. Estos han de ser interpretados y complementados por el articulado de las ISP y por los usos estándar de los créditos contingentes, lo que supone, en definitiva, que el emisor ha de observar dichos usos estándar (167). Los restantes textos relevantes en

---

(165) Vid. por otra parte la posible comunicación al solicitante por parte del emisor donde indique que se va a cumplir con una presentación conforme (art. 5.09 ISP).

(166) Algo en lo que coincide la generalidad de la doctrina, y que se relaciona además con el principio de cumplimiento estricto. Vid. por todos: BERTRAMS, pp. 105-106.

(167) También se establece en el art. 13.2 CNUGICCC que, entre otros, los derechos y obligaciones del garante/emisor se regirán por cualesquiera reglas, condiciones generales o usos a los que se haga remisión explícita en la promesa, y por lo dispuesto en la presente Convención; por su parte, el art. 14.1 CNUGICCC señala que el garante actuará de buena fe y con la debida diligencia teniendo debidamente en cuenta las normas de la práctica internacional generalmente aceptadas en materia de garantías independientes o cartas de crédito contingentes.

El UCC indica, asimismo, que el emisor habrá de observar la práctica estándar de las instituciones financieras que regularmente emiten créditos documentarios [sección 5-108(e) UCC]. En el Comentario Oficial (núm. 8) se indica que en dicha práctica se incluyen: a) las prácticas internacionales de las Reglas y Usos Uniformes (sin decirlo, se está refiriendo a las RUU); b) otras prácticas publicadas por asociaciones o instituciones financieras; y c) las prácticas locales o regionales. Se apunta, además, el posible conflicto entre prácticas, por lo que se recomienda a las partes que indiquen cuáles son las que prevalecerán. Se llama, también, la atención acerca del hecho de que las prácticas pueden ser variadas por acuerdo entre las partes o por una práctica previa establecida entre ellas.

esta materia son coincidentes. Así tanto la CNUGICCC [168] como las RUU y las URDG establecen que el emisor ha de examinar los documentos que se le presenten al amparo del crédito documentario o la garantía conforme al principio de aparente conformidad, añadiendo los dos últimos que el banco ha de examinar los documentos de acuerdo con el estándar de la razonabilidad, esto es, conforme al criterio o principio del cuidado razonable [169].

Además, de las Reglas se deduce que los documentos que se presenten deben estar conformes entre sí, pero sólo en la medida en que se disponga en el crédito contingente. Por lo tanto, la obligación de examen del banco de los documentos alcanza sólo a la coherencia de los términos que aparezcan especificados en el crédito contingente. Si, por ejemplo, de los documentos se deriva que existe una discordancia en una fecha, un estándar de calidad, o cualquier otra cuestión que no aparezca mencionada en el crédito, ello no será suficiente para que el banco deniegue el pago. Sólo las incongruencias en los documentos derivados de los términos del crédito suponen la falta de conformidad.

Esta regla de las ISP varía la práctica establecida en relación con los créditos documentarios y contingentes que se deriva de los textos legales que los regulan, así como el mismo estándar establecido en la CNUGICCC [170]. Del artículo 13.a) RUU, así como del 16.1 CNUGICCC, se evidencia no sólo que se ha de comprobar que efectivamente los documentos concuerdan con las condiciones y términos establecidos en el crédito, sino que además todos los docu-

---

El artículo 13.a) RUU 500 también establece que la aparente conformidad de los documentos se habrá de determinar sobre la base de las prácticas bancarias internacionales. Parece deducirse del tenor literal del precepto que dichas prácticas son las que se recogen en las propias Reglas.

(168) Nótese que el art. 16.1 CNUGICCC indica que los documentos han de ser "evidentemente conformes" (*"facial conformity"* en la versión oficial inglesa) con los términos de la promesa. El término *facial conformity* también se emplea por la versión inglesa del art. 13.a) RUU, art. 9 URDG y 4.01 ISP, mientras que la española utiliza el término "aparente conformidad". Luego, se observará que no hay diferencias entre el estándar del art. 16.1 CNUGICCC "evidentemente conformes" y "aparentemente conformes", utilizado en el resto de los instrumentos mencionados.

(169) Artículos 13.a) RUU y 9 URDG. Principio en el que está también de acuerdo la doctrina: SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El contrato autónomo de garantía", p. 215, y p. 379, entendiendo, pues, aplicables a las garantías independientes los principios que rigen para los créditos documentarios.

(170) El Comentario Oficial al art. 4.03 ISP, núm. 2 y núm. 3, p. 146, se refiere a dicha variación pero únicamente en relación con el art. 13.a) RUU, indicando, además, que el propósito de dicho precepto de los RUU es el de permitir al emisor que se asegure que los documentos se refieren a la misma transacción. Esta asunción no puede hacerse en relación con el típico *standby.*

mentos concuerdan entre sí, sin que en relación a lo último se restrinja a los términos que aparezcan en el crédito. De esta forma, no sólo las incongruencias en los documentos derivados de los términos del crédito suponen la falta de conformidad, sino además las discordancias derivadas de los términos no recogidos en el mismo (171). Por supuesto, que el crédito contingente podría requerir del banco un deber de examen mayor, esto es, que el emisor tuviese que examinar la coherencia de los documentos entre sí; ello, debe subrayarse, sólo sucederá si existe disposición específica en el crédito contingente (172).

Las Reglas, en cualquier caso, deben interpretarse en el contexto de los usos estándar de los créditos contingentes (art. 4.01 ISP). Ello es así, incluso en el caso de que los documentos que se exijan coincidan con los típicos del crédito documentario, como la factura, los documentos de transporte o de seguro. En estos casos, el art. 4.20.b) ISP tajantemente excluye la aplicación de las RUU (173), lo que crea, en principio, el problema de conflicto entre las RUU y las ISP, caso de que se entienda que las RUU reflejan usos estándar; por otra parte, no parece tener demasiado sentido desaprovechar los preceptos de las RUU cuando se contienen reglas detalladas respecto de la presentación de determinados documentos como la factura, el conocimiento de embarque, etc., que podrían ser requeridos en una *standby*. No obstante, la opción de los redactores de las ISP es probablemente más adecuada al mantener la separación entre el crédito documentario y el contingente (174).

---

(171) Art. 13.a) RUU: *"Los documentos que, en apariencia, no concuerden entre sí serán considerados como que no están, aparentemente, de acuerdo con los términos y condiciones del Crédito"*; y art. 16.1 CNUGICCC: *"Para comprobar si los documentos son evidentemente conformes con los términos de la promesa y si son coherentes entre sí..."*.

(172) Vid. Comentario Oficial al art. 4.03 ISP, núm. 4, pp. 146-147, que especifica, además, que para prevenir ambigüedades se debe indicar en el crédito los documentos y cómo se determinará la incongruencia entre ellos.

(173) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El contrato autónomo de garantía", p. 115, y p. 175, entendía en relación con las garantías autónomas que: *"en lo referente a la presentación y examen de los documentos (...) serán aplicables las consideraciones y disposiciones de las Reglas y Usos sobre créditos documentarios"*.

(174) Por otra parte, no se indica, a diferencia de la sección 5-108(e) UCC, si la determinación de si el emisor observa o no las prácticas estándar en materia de crédito contingente se ha de dejar o no en manos de los tribunales. Esta omisión no tiene importancia y de hecho dicha mención ha de entenderse en relación con el sistema judicial estadounidense, donde los juicios mercantiles pueden ser resueltos por un jurado, por lo que dicha sección expresamente está llamando la atención acerca de la inconveniencia de que dicha determinación corresponda al juicio por jurado; así se podrá conseguir una mayor uniformidad interpretativa y rapidez en la solución de la disputa. Vid. el Comentario Oficial a la sección 5-108 UCC, núm. 1.

Es evidente, por último, que al amparo del principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1.01(c) ISP, se puede acordar el relajamiento de este principio de conformidad aparente, de forma tal que el banco quede eximido de responsabilidad por el examen del documento en ciertos casos, por ejemplo, si se acuerda que el examen habrá de realizarse en un tiempo muy breve o una exoneración total para todas aquellas transacciones que estén por debajo de una determinada cuantía (175).

2. El principio de conformidad estricta v. conformidad sustancial

El principio de conformidad aparente de los documentos presentados con los términos del crédito documentario, tal y como se recoge en las ISP, parece presentar el problema de que silencia el grado de conformidad, es decir, si el emisor, al examinar los documentos siguiendo el principio de conformidad, debe estricta o sustancialmente comprobar dicho extremo. La cuestión se presenta problemática porque, frente al silencio de las ISP, la sección 5-108(a) UCC expresamente se refiere al principio de conformidad estricta *("an issuer shall honor a presentation that (...) appears on its face strictly to comply with the terms and conditions of the letter of credit")*. Lo que en una famosa frase del Juez Viscount Sumner en un caso inglés: *"there is no room for documents which are almost the same, or which will do just as well"* (176) o, en el lenguaje de los títulos valores, se aplica el principio de literalidad para examinar la conformidad de los documentos con los términos del crédito contingente (177).

---

(175) Así lo permite el Comentario Oficial a la sección 5-108 UCC, núm. 1.

(176) *Equitable Trust v. Dawson Partners*, 27 Lloyd's List L.R. 49 (1927).

Por otra parte, el principio de estricto cumplimiento es el que también se entiende aplicable en los RUU, (téngase en cuenta que el art. 13 RUU no especifica el estándar) si bien también se deja un cierto margen para la interpretación: véase: OELOFSE, pp. 264-310, con especial referencia a Alemania, Sudáfrica, Holanda y EEUU

(177) Vid. ILLESCAS, "Cartas de acreditación", p. 1294: *"entre literalidad de la garantía y documentalidad de la misma no existe diferencia sustancial"*. Asimismo: KOZOLCHYK, "El crédito documentario en el derecho americano", pp. 511 y ss. de forma extensa; e id. "The Emerging Law of Standby Letters of Credit", p. 360; RODNER, pp. 354-363; Clive M. SCHMITTHOFF, "International and procedural aspects of Letters of Credit", *The Law of International Trade.* Editor: Norbert Horn, 1989, pp. 238 y ss., realizando un interesante paralelismo con los títulos valores, aunque resaltando las diferencias; y también: SCHMITTHOFF, *Schmitthoff's Export Trade,* pp. 411 y ss., con una postura menos rotunda.

Para las garantías independientes: TAPIA HERMIDA, "La carta de crédito standby", pp. 1081-1082, si bien permitiendo los errores tipográficos que no sean de especial intensidad; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El contrato autónomo de garantía", p. 380, indicando que el banco ha de seguir el principio de la literalidad del contrato de garantía a la hora de examinar

El Comentario Oficial a dicha sección del UCC insiste nuevamente en que se acoge el principio de conformidad estricta (*strict compliance*) frente al principio desarrollado por algunos tribunales de conformidad sustancial (*substantial compliance*) (178). Deslindar la frontera entre uno y otro principio no parece

---

los documentos, esto es, el tenor del contrato es la única medida de valoración que debe emplear el banco a la hora de examinar los documentos; BERTRAMS, p. 107, y pp. 115-118; y KOZOLCHYK, "The Emerging Law of Standby Letters of Credit", pp. 360-364, abogando por el criterio de la razonabilidad para medir el principio de cumplimiento estricto.

Para el crédito documentario: FERNÁNDEZ-ARMESTO, "Los créditos documentarios irrevocables", pp. 155 y ss.; ALONSO UREBA, "Naturaleza", pp. 454 y ss., señalando que las RUU se rigen por el principio de absoluto formalismo; e id. "El crédito documentario", pp. 1112-1117, indicando que dicho principio significa, además, la vinculación estricta del banco a lo que se derive de la literalidad de las instrucciones del ordenante (comprador), lo que resulta del mandato del art. 256 Cco.

(178) En concreto el Comentario Oficial cita dos casos: *Banco Español de Crédito v. State Street Bank and Trust Company,* 385 F.2d 230 (1st Cir. 1967) y *Flagship Cruises Ltd. v. New England Merchants Nat. Bank,* 569 F.2d 699 (1st Cir. 1978). Los dos casos están comentados y resumidos en Ligia Maura COSTA, "Le crédit documentaire. Étude comparative", París, LGDJ, 1998, pp. 46-48. Id. "Le formalisme dans le crédit documentaire contestation ou consécration", IBLJ, 1993, núm. 6, pp. 713-714.

Un ilustrativo comentario en relación con el crédito documentario puede verse en: Alberto TAPIA HERMIDA, "La doctrina del cumplimiento estricto y la buena fe en el crédito documentario", RDBB, enero-marzo 1994, núm. 53, pp. 236-240, con cita de jurisprudencia española donde se acoge fundamentalmente el principio de conformidad estricta (SAT Valencia, 30 de abril de 1987 y SAT Albacete, 2 de marzo de 1975), aunque con alguna decisión aperturista SAP Mallorca, 19 de abril de 1989; id., "La carta de crédito standby", pp. 1080 y ss. Vid. últimamente abogando por el principio del total y absoluto formalismo: SAP Madrid, 22 de septiembre de 1999 (sección 21.ª) (FJ 5.º); y STS de 24 de enero de 2000 (RA 226). Y en relación con los certificados de inspección que se han de examinar en el crédito documentario, abogando por un principio de conformidad sustancial: César A. GINER PARREÑO, *El contrato de inspección en el comercio internacional,* Valencia, Tirant lo blanch, Colección Jurídica Cuatrecasas, 1998, núm. 14, pp. 308-309.

Para la evolución del principio de cumplimiento estricto, particularmente la labor de mitigación por parte de los tribunales: COSTA, pp. 707 y ss., aunque resaltando también la insistencia de los mismos por continuar aplicando el principio, y abogando claramente por el principio de conformidad sustancial; Peter ELLINGER, "The Law of Letters of Credit", *The Law Of International Trade Finance.* Editor: Norbert Horn. Studies in Transnational Economic Law, vol. 6. Kluwer: The Netherlands, 1989, pp. 223-226, apelando al sentido común; e id., "The doctrine of strict compliance: its development and current construction", *2001 Annual Survey of Letter of Credit Law & Practice.* Editors: James E. Byrne y Christopher S. Byrnes. Institute of International Banking Law & Practice, Inc., 2001, pp. 67-69, señalando cinco principios desarrollados jurisprudencialmente que se han utilizado para combatir al principio de estricta conformidad: la interpretación del crédito en su conjunto; la distinción entre los errores tipográficos y desviaciones pequeñas de las discrepancias; la utilización del principio de interpretación del crédito conforme a las prácticas bancarias internacionales; el principio no documentario; y la regla de la preclusión.

En el ordenamiento italiano, se sigue el principio de rígido formalismo aunque guiado por el criterio de la razonabilidad en relación a las múltiples circunstancias del caso concreto: GUARRACINO, pp. 93 y ss.

fácil de establecer, máxime cuando el propio Comentario Oficial ofrece datos que indican un cierto relajamiento del principio de estricta conformidad; y así indica que, de una parte, no implica una conformidad servil, *"slavish conformity",* a los términos del crédito documentario (179), y, de otra, que la práctica estándar podría reconocer ciertas presentaciones como conformes, aunque no lo serían a la vista de un hombre de la calle (*unschooled layman*). En este sentido, el Comentario Oficial se adhiere a la doctrina desarrollada por algunos tribunales que han considerado que el principio de conformidad estricta no se traduce en un proteccionismo opresivo [así en el caso *New Braunfels Nat. Bank v. Odiorne*, 780 S.W.2d 313 (Tex.Ct.App. 1989), examinando una presentación de la carta de crédito núm. 86-122-5 y dictaminando su conformidad con los términos del crédito que especificaban que la numeración era núm. 86-122-S] (180). En definitiva, el principio de cumplimiento estricto se atempera por la interpretación de los documentos conforme a la práctica bancaria internacional, por lo que no puede sostenerse que los documentos que se presenten deban ser la imagen exacta de las condiciones estipuladas en el crédito (*mirror image compliance*); en este sentido, puede decirse que doctrinal y jurisprudencialmente se acepta que, bajo el artículo 5 UCC, los errores tipográficos no constituyen falta de conformidad de los documentos con los términos del crédito (181). Asimismo,

---

(179) Precisamente el Comentario Oficial al art. 4.09 ISP, núm. 6, pp. 163-164, también indica que *"slavish imitation is not required where it would be mindless or even undermine the intention of the text"*.

(180) En este caso, el tribunal, además, expresamente adoptó la distinción entre *banking expertise* y *commercial expertise* (DOLAN, "The Law of Letters of Credit", §6.03[2]).

Igualmente el Comentario Oficial a dicha sección del UCC cita el caso: *Tosco Corp. v. Federal Deposit Insurance Corp.,* 723 F.2d 1242 (6th Cir. 1983), donde la carta de crédito especificaba que los términos de la presentación eran *"drafts Drawn under Bank of Clarksville Letter of Credit Number 105",* y la presentación se realizó indicando *"drawn under Bank of Clarksville, Clarksville, Tennessee Letter of Credit núm. 105"*. El tribunal entendió que la presentación era conforme. Añade, por último, el Comentario que también cumpliría el estándar de cumplimiento estricto un documento dirigido —y cito literalmente— por una persona extranjera a General Motors, pero indicando Jeneral Motors.

(181) Así de acuerdo: WUNNICKE y TURNER, §6.05[B], p. 6-16, señalando además que los tribunales han utilizado el sentido común a la hora de aplicar el principio de cumplimiento estricto; igualmente: Paul S. TURNER, "New Rules for Standby Letters of Credit: The International Standby Practices", Banking and Finance Law Review, 1999, núm. 14, p. 473; OELOFSE, pp. 285-289; y particularmente Boris KOZOLCHYK, "Strict compliance and the reasonable document checker", Brooklyn Law Review, 1990, núm. 56, pp. 50 y ss., en su estudio sobre el principio de *strict compliance* en la jurisprudencia estadounidense, rechaza que dicho principio implique que ha de darse una equivalencia perfecta y absoluta entre el crédito y los documentos que se presentan: *"thus, a document checker who insists on inter-documentary mirror image compliance violates the U.C.P.'s own standard of examination"* (cit., p. 53). Particularmente interesante son los estudios empíricos que cita y de los que se extrae que aproximadamente el 90% de los documentos que se presentan contienen discrepancias: *"discrepancies are the rule and perfect tenders are the exeption"*. En su opinión, el principio reseñado debe ser visto a la luz

en el ámbito de las RUU, que como se recordará no acoge expresamente un estándar como el de cumplimiento estricto, se ha mantenido en diversas Opinio-

---

del estándar del examinador razonable (*reasonable document checker*), siendo este el criterio que ofrece el mayor potencial para uniformizar y armonizar esta materia.

Un buen ejemplo en relación con lo señalado es el caso *Gook Country Estates Ltd. v. Toronto Dominion Bank,* 2000 B.C.D. Civ. J. 3809; 2000 B.C.D. Civ. LEXIS 1131 (Canadá), en 2001 Annual Survey of Letter of Credit Law & Practice. Editors: James E. Byrne y Christopher S. Byrnes. Institute of International Banking Law & Practice, Inc., 2001, pp. 223-226, en relación con una carta de crédito *standby*, el tribunal, si bien entendió que en Canadá no se ha adoptado todavía la regla del cumplimiento sustancial, debe existir una cierta latitud para las variaciones o discrepancias menores que no son los suficientemente sustanciales como para justificar un rechazo del pago. Así, el tribunal se refería a la omisión de la fecha del crédito, exigida en el texto del mismo, ya que la demanda indicaba el número del crédito y, por tanto, no había posibilidad de confusión en torno al crédito al que se refería la demanda. Asimismo, el tribunal se refirió a otras discrepancias alegadas por el ordenante, en particular el nombre del beneficiario y su dirección. En cuanto a la dirección del beneficiario existía un error tipográfico de un número. El crédito señalaba 213-1911, mientras que la demanda indicaba 213-1011, siendo ésta la numeración correcta. El tribunal señaló que se trataba de un error tipográfico sin importancia. En relación con el nombre del beneficiario, el crédito nombraba al beneficiario *"Minister of Finance and Corporate Relations of the Province of British Columbia as represented by The District Highways Manager of the Ministry of Transportation and Highways"*, mientras que la demanda se realizó por el *"District Highways Manager from the North Caribou District"*. El tribunal entendió que puesto que el *District Highways Manager* no tiene una oficina en Prince George, cualquiera otro podría reclamar. Vid. no obstante: *Hanil Bank v. PT. Bank Negara Indonesia* (No. 96 Civ. 3201; 2000 U.S. Dist. LEXIS 2444) (SDNY 6 de marzo de 2000), resuelto por los tribunales estadounidenses en relación con un crédito documentario sujeto a las RUU, donde el tribunal aplicó el principio de estricta conformidad, y así señaló que la presentación de los documentos era disconforme con las condiciones del crédito, ya que éste, por error del emisor, señalaba al beneficiario como *Sung Jin Electronics Co. Ltd.*, mientras que en los documentos que se presentaron se especificaba correctamente el nombre, esto es, *Sung Jun Electronics Co. Ltd.*; asimismo el tribunal rechazó la alegación de que el error en el nombre había de atribuirse al emisor y que, por lo tanto, éste no podía alegar dicho error para negarse al pago, sobre la base de que el beneficiario ha de revisar el crédito siendo responsable por cualquier fallo negligente en su descubrimiento. Se ha de notar que el tribunal confía en el criticado caso *Beyene v. Irving Trust Co.,* 762 F.2d 420 (2d Cir. 1985), que entendió que el error en el nombre del beneficiario en el conocimiento de embarque (Soran por Sofan) constituía una discrepancia sustancial con las condiciones del crédito.

Otros ejemplos extraídos de la jurisprudencia son: *Voest-Alpine Trading USA Corp. v. Bank of China*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 8223 (S.D. Tex. 13 March 2000), en 2001 Annual Survey of Letter of Credit Law & Practice. Editors: James E. Byrne y Christopher S. Byrnes. Institute of International Banking Law & Practice, Inc., 2001, respectivamente, pp. 273-276, donde el tribunal rechazó las seis discrepancias en el crédito alegadas por el emisor; *E&H Partners v. Broadway National Bank*, 96 Civ.7098 (RLC), 19 de octubre de 1998 (SDNY), 39 F.Supp.2d 275, donde se consideró en una *commercial standby* irrelevante el error en el código postal del solicitante y la ausencia del número de identificación de la factura, así como el error en un número en relación con el número crédito contingente, porque ello no causaba confusión ni obligaba al banco a tener que investigar dicho dato en la relación subyacente; y *Ocean Rig ASA v. Safra National Bank*, 99 Civ 1434 (SAS) 1999 U.S. Dist. LEXIS 10739 (SDNY, 1999), donde aplicó el principio de interpretación, que domina en materia de *standby* y

nes Oficiales de la CCI un punto de vista flexible a la hora de determinar si la presentación cumple las condiciones del crédito (182).

El Comentario Oficial a la sección 4.01 ISP (183) expresamente se refiere a esta cuestión indicando que se evita el uso del término *"strict compliance"*, ya que es una formulación abstracta y severa (184). Tampoco se utiliza el de *"substantial compliance"*, por lo que, continúa el comentario, el test de la conformidad se ha de hacer a la luz de la práctica, en función del particular documento, y de conformidad con las reglas de las ISP.

El Comentario Oficial a las ISP, atinadamente en nuestra opinión, atiende en esta materia a estándares flexibles basados en la práctica relativa a los créditos contingentes al hilo de situaciones concretas, lo que evita encerrar la compleja actividad de examen en una fórmula predeterminada, ya sea el concepto

---

crédito documentario, de que el emisor soporta las ambigüedades en la redacción del crédito (véase no obstante la sentencia de 6 de enero de 2000, anteriormente mencionada: *Hanil Bank v. PT. Bank Negara Indonesia*. Es interesante resaltar que las disputas en materia de crédito contingente pueden enfrentar bien al ordenante con el emisor o a éste con el beneficiario.

(182) Así, la CCI se ha pronunciado acerca del impacto de los errores tipográficos en orden a determinar si la presentación conforma o no las condiciones del crédito. La Opinión Oficial de la CCI R209 se cuestionaba si las siguientes discrepancias podrían dar lugar al rechazo de la presentación: a) una factura que en vez de indicar el código postal del beneficiario como "2056", señalaba "0256"; b) en el documento de transporte aéreo, donde el nombre aparecía como "Chai" en lugar de "Chan", y la dirección del beneficiario como "Industrial Parl" en lugar de "Industrial Park". La respuesta a dicha pregunta fue que a) y c) no deben ser consideradas como discrepancias porque no hay peligro de confusión o error, mientras que la hipótesis descrita en b) podría ser considerada como una discrepancia si existe la posibilidad de que en la misma dirección alguien pueda llamarse "Chai". Por su parte, la Opinión Oficial de la CCI, todavía no publicada, relativa al impacto de un error tipográfico en un certificado del beneficiario, ha considerado que el error "SEL-LAND Endurance 180E" en lugar de "SEA-LAND Endurance 180E" es obviamente tipográfico, por lo que en consecuencia no constituye una razón válida para que el banco no cumpla con su promesa. Asimismo, véase la Opinión Oficial de la CCI todavía no publicada, donde se respondía de forma negativa a la siguiente pregunta: *Are cited discrepancies justified if documents show minor differences in the name and addresses of the beneficiary, or differences in punctuation or in the writing of the vessel's name with a voyage number following it?*

(183) Comentario Oficial a la sección 4.01, núm. 1, p. 140.

(184) ELLINGER, "The doctrine of strict compliance", p. 66, advierte de los peligros del principio de cumplimiento estricto, en relación con aquellos ordenantes que incluyen requisitos en el crédito muy onerosos, hasta el punto de hacer insostenible el principio de estricta conformidad. Así, llama la atención acerca de una de las condiciones favoritas de los importadores: requerir la inclusión de su número de fax y teléfono en documentos diferentes de la factura. No obstante, como seguidamente advierte, resulta inexacto decir que el principio de estricta conformidad se utiliza solamente como un instrumento de negociación por los importadores.

Vid. en el ámbito de las ISP ANGLADE, pp. 244-259.

de *strict compliance* o el de *substantial compliance*. En este sentido, los principios de razonabilidad, profesionalidad, sensatez y buena fe deben guiar al examinador en su labor. Se ha de tener en cuenta que el emisor no está en todo caso capacitado para determinar cuándo una discrepancia en el documento es fundamental o no (185). Por ejemplo, el banco no está obligado a conocer el impacto comercial de la discrepancia (si en un sector específico del comercio dos términos que se escriben diferente significan, sin embargo, lo mismo); pero sí sabe que núm. es la abreviatura de número, o USA la de Estados Unidos de América. No obstante lo indicado, debe observarse que podría hacerse un paralelismo, equivocado en nuestra opinión, en esta materia con el estándar acogido en el UCC, basándose en el escaso número de documentos que se han de examinar en un crédito contingente (186). El art. 4.09 ISP es una buena muestra de cómo las ISP conjugan los principios mencionados a la hora de la apreciación por el

(185) Vid. en este sentido el detallado análisis de DOLAN, "The Law of Letters of Credit", §6.04[3].

(186) Vid. por ejemplo: RODNER, p. 854; Jorge Luis RIVA, *Garantías independientes. Garantías a primera demanda-Cartas de crédito standby (Con comentarios de las publicaciones 458 y 590, de la Cámara de Comercio Internacional).* Depalma: Buenos Aires, 1999, pp. 54-55, y p. 90, que entiende que el principio que se sigue en las ISP es el de estricto cumplimiento, y ello pese a que en la práctica de los créditos documentarios rige el de cumplimiento sustancial. Por contra, WUNNICKE y TURNER, §6.05[B], pp. 6-16 y ss., creen que en las ISP se sigue el principio de cumplimiento estricto porque éste es el que se sigue en la práctica estándar. Básicamente esta es la postura que sostiene DÍAZ MORENO, "Las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio", p. 10, en relación con las URDG, aunque manifestando que cabe desviarse del principio en esta materia con mayores fundamentos que en relación con los créditos documentarios, y ello por las características de los documentos que se presentan en la última operación (negociables y que atribuyen derechos sobre las mercancías). En definitiva, concluye señalando que *"las discrepancias entre los exigidos en la garantía y los efectivamente presentados pueden revestir una trascendencia menor"*; el mismo autor en igual sentido en relación con el proyecto de CNUGICCC ("Los trabajos de UNCITRAL", p. 190) y con la CNUGICCC (Nota introductoria, pp. 1054-1055).

Por su parte, BERTRAMS, p. 107, y pp. 115-118, si bien, en principio, se muestra muy favorable al principio de estricta conformidad —porque coadyuva a dotar de certeza y seguridad a la posición del emisor y del ordenante, a la vez que previene futuras disputas— entiende que no ha de permitirse que dicha doctrina provoque resultados que son manifiestamente absurdos o irrazonables, por lo que da entrada así al principio de conformidad sustancial como se confirma por la jurisprudencia alemana y francesa. En particular, entre las razones que el autor da para acoger, aunque sea excepcionalmente, el principio de conformidad sustancial en las garantías independientes, destaca la diferente naturaleza de las garantías y los créditos documentarios. En particular, alega que las garantías rara vez son demandadas por los beneficiarios, porque no suelen intervenir terceras personas en la mecánica de la garantía, y finalmente porque los documentos que se han de presentar no tienen un valor intrínseco, citando en relación con lo último el caso I.E. Contractars Ltd. v. Lloyds Bank Plc. and Rafidain Bank (1990) 2 Lloyd's Rep. 496, donde se indica que no existe tanta necesidad de aplicar el principio de estricta conformidad en las garantías independientes como existe en el crédito documentario.

emisor de las exigencias requeridas en el crédito contingente [187], si bien ha de tenerse en cuenta que los principios que aquí se mencionan transcienden de las situaciones amparadas en dicho precepto, y que, como se verá al comentarlo, la regla del apartado b) art. 4.09 ISP resulta, quizá, excesiva.

3. El principio documentario

Del principio documentario nos hemos ocupado anteriormente al recogerlo junto con los demás principios que gobiernan el crédito contingente. En este apartado nos referiremos nuevamente a este principio para resaltar su concreta aplicación en la obligación del banco de examinar los documentos que se le presentan.

Conforme al principio documentario, el emisor sólo tiene la obligación de examinar los documentos que aparezcan especificados en el crédito; por lo tanto, no ha de examinar aquellos documentos presentados que no aparezcan relacionados en el mismo [art. 4.02 ISP y art. 13.a) RUU]. Más aún, en este último caso, el emisor debe descartar dichos documentos para la determinación de la conformidad de la presentación.

Se establece, además, un límite a la responsabilidad del banco en cuanto a los documentos que se le presenten, y es que el emisor no es responsable de la exactitud, autenticidad o el efecto de cualquier documento presentado al amparo del crédito contingente [art. 1.08(b) ISP]. Ahora bien, nótese que esta exoneración de responsabilidad choca con la exclusión de determinadas materias de las ISP, en particular, con la dejación a la ley aplicable de las excepciones al cumplimiento, fundadas en el fraude, el abuso o similares circunstancias. Y es que, supongamos que al emisor se le presentan documentos claramente falsificados por parte del beneficiario, dando, pues, lugar a una reclamación abusiva; ¿cómo puede entonces admitirse que el emisor se exonere en este caso de responsabilidad?, y, por otra parte, ¿cómo se conjuga esta exoneración con el hecho de que las excepciones al cumplimiento basadas en el fraude, el abuso o similares circunstancias se dejen a la ley aplicable? Lo más lógico es entender que el emisor, que cumpla examinando los documentos conforme al principio de aparente conformidad, se exonerará si existe fraude o si los documentos están falsificados, siempre que el fraude no sea evidente, desplazando, pues, este riesgo al solicitante que habrá de reembolsar al emisor por el pago. No se exonerará en caso contrario.

Además, conforme a este principio, el emisor no debe tener en cuenta los términos o condiciones no documentarios [también arts. 2.1 y 3.b) CNU-

---

(187) Vid. *infra* apartado 6).

GICCC [188], art. 13.c) RRU [189] y sección 5-108(g) UCC], independientemente de que afecten o no a la obligación del emisor de considerar una presentación conforme o de considerar el crédito contingente como emitido, modificado o extinto (art. 4.11 ISP) [190]. El emisor no habrá de cumplir con condiciones en el crédito que basen su obligación de examen en términos o condiciones que no puede comprobar mediante el examen de documentos; por ejemplo, la fecha de inicio o finalización de una obra o los defectos en la construcción, salvo cuando en el crédito contingente se indique que se rechazará si se presenta un certificado o certificación en el que conste la fecha inicial o final de la obra o los desperfectos en la misma. De igual manera, si el crédito contingente indica que el emisor ha de rechazar la presentación del documento consistente en un laudo

---

(188) El art. 3.b) CNUGICCC expresamente señala que la promesa no podrá estar sujeta a ningún acto o hecho futuro e incierto, con la única salvedad de la presentación por el beneficiario de su reclamación y demás documentos o de cualquier otro acto o hecho análogo comprendido en el ámbito de los negocios del emisor. Como indica la Nota de la Secretaría de la CNUDMI a la Convención, §18, *"ello viene a estar en línea con la noción de que el garante/emisor asume la función, en una garantía independiente, de pagador puntual, y no de investigador"*. Por otra parte, como ejemplo de lo que entraría dentro del ámbito de los negocios o giro normal de los negocios del emisor, se cita la indagación acerca de si se ha depositado la suma requerida en la cuenta designada al efecto por el garante/emisor.

(189) Interesante a estos efectos es la Opinión Oficial de la CCI R212 relativa a las condiciones no documentarias en el crédito documentario. En este caso se cuestionaba si un crédito que estipula que el transporte marítimo ha de realizarse vía Suez significa que el banco puede demandar que dicha condición aparezca en el conocimiento de embarque, aunque el artículo 23.a)ii) y iii) RUU no lo demanda. La respuesta de la CCI fue, citando a estos efectos el *ICC Position Paper* núm. 3, que una condición es documentaria si puede claramente enlazarse con alguno de los documentos que se estipule en el crédito. En este caso, puesto que el crédito requería la presentación de un conocimiento de embarque, el banco tenía el derecho a requerir una prueba de que el transporte se realizó vía Suez.

(190) Gerald T. McLAUGHLIN, "Standby Letters of Credit & Guaranties: An excercise and cartagraphy", William and Mary Law Review, 1993, núm. 34, pp. 1144-1146, indica que el crédito contingente con condiciones no documentarias puede desvirtuar la línea divisoria que existe con la fianza en las hipótesis en que dicha condición es fundamental en la operativa de la *standby*, pero no cuando dicha condición es secundaria. Precisamente, el UCC (Article 5) entiende que cuando dicha condición es secundaria en relación con el propósito del crédito documentario, ello no afecta a la naturaleza del instrumento como tal crédito documentario, pero sí cuando es fundamental, en cuyo caso será considerada como algún tipo de garantía. Ello es así porque las condiciones no documentarias de este tipo afectan claramente al principio de independencia.

El resultado bajo las ISP podría ser similar al mencionado de las UCC, ya que el art. 1.11.d)iv) ISP señala que la variación de los efectos de algunas de las Reglas en las ISP puede provocar que el crédito pierda su carácter de promesa independiente al amparo de la ley aplicable.

arbitral en los casos en que éste sea contrario al orden público, o que se habrán de presentar diferentes certificados en función del tipo de incumplimiento, el emisor no tendrá en cuenta dicha condición; ésta se tendrá, pues, por no puesta, por lo que, en consecuencia, en el primer caso, no estará obligado a determinar si el laudo es contrario al orden público, o, en el segundo caso, el tipo de incumplimiento (191).

En este sentido, resulta apropiada la definición de las ISP acerca de lo que ha de entenderse por términos o condiciones no documentarios: cuando en el crédito contingente no se exige la presentación de un documento en el que se evidencien y el emisor no puede determinar su cumplimiento mediante sus propios registros o mediante su operativa normal. Esto incluye la determinación de: cuándo, dónde, y cómo se presentan, o se entregan los documentos al emisor (192); cuándo, dónde y cómo se envían o se reciben las comunicaciones del crédito contingente por parte del emisor, el beneficiario o cualquier persona designada; las cantidades transferidas a o desde cuentas con el emisor; y las cantidades determinables a través de índices publicados (por ejemplo, si en el crédito contingente se dispone que los intereses devengados se determinarán de acuerdo con tipos de interés publicados) [artículo 4.11.b) y c) ISP]. Además, se establece que no es necesario que el emisor calcule nuevamente las operaciones efectuadas por el beneficiario de acuerdo con una fórmula estipulada o referida en un crédito contingente, excepto en la medida en que en el crédito contingente así se disponga [art. 4.11.d) ISP] (193).

Esta relación entre el principio documentario y las condiciones no documentarias es más estrecha de lo que puede parecer en un principio. Y así, la interrelación entre ambos se podría llevar al extremo de que los instrumentos que evidenciasen condiciones no documentarias, siendo éstas la base funda-

---

(191) El segundo ejemplo ha sido tomado del Comentario Oficial a la sección 5-108(g) UCC, núm. 9.

(192) Precisamente el Comentario Oficial a la sección 5-108(g) UCC, núm. 9, señala igual apreciación.

(193) En la todavía no publicada Opinión Oficial de la CCI acerca de si el banco emisor o el banco negociador tienen la obligación de llevar a cabo cálculos matemáticos complicados para determinar la conformidad de la presentación, se indica, evidentemente, que no es misión del banco realizar dichas operaciones. No obstante la opinión está referida a aquellas hipótesis en que el crédito incorpora excesivos detalles (un número alto de mercancías, junto con sus correspondientes precios y otros costes), por lo que parece dejar la puerta abierta a otras situaciones menos complicadas en las que parece que sí sería razonable que el banco realizase dichos cómputos. De hecho así se pronuncia la misma Opinión: *"Clearly where a credit has a one-line goods description such as that quoted in your query, it would not be unreasonable to expect the negotiating bank or issuing bank to identify an error in the calculation"*.

mental para la determinación de la obligación del banco, desvirtuarían su calificación de crédito contingente. Esta interpretación ya se ha sostenido al hilo de las ISP por algunos autores estadounidenses, muy probablemente influenciados por la idéntica conclusión a que llega el Comentario Oficial a la sección 5-108(g) UCC, núm. 9, donde se señala que no se podrán aplicar las Reglas del Artículo 5 UCC. No obstante, el Comentario añade que si un emisor ha prometido que cumplirá una promesa basada en condiciones no documentarias, podría contraer una responsabilidad frente al solicitante si posteriormente no las tiene en cuenta. Esta doctrina se debe al célebre caso Wichita Eagle & Beacon Publishing Co. v. Pacific National Bank, 493 F2d 1285 (9th Cir. 1974), donde las partes denominaron al instrumento de garantía como crédito documentario, aunque sujetando las obligaciones del emisor a que el propietario del terreno, que había de construir un estacionamiento para vehículos, incumpliese determinados términos del contrato [194]. Pues bien, trasladando lo indicado en relación con el Artículo 5 UCC a las ISP, se señala por WUNNICKE y TURNER que así se malogra la posible e indeseable interpretación que podría derivarse de aplicar en esta situación el art. 4.08 ISP, es decir, el precepto que convierte en documentario —reclamación de pago— al crédito contingente que no especifica ningún documento. En estos casos, continúan los autores citados, la interpretación podría llevar a que el emisor tuviese que cumplir con toda presentación que contenga únicamente condiciones no documentarias [195].

No obstante esta opinión, entendemos que, precisamente, el emisor tendrá que cumplir con toda presentación que contenga condiciones no documentarias cuando se le presente oportunamente la demanda de pago. Si el crédito indica que se habrá de pagar a primera demanda cuando se incumpla el contrato, sin que requiera la presentación de ningún documento que evidencie dicho incumplimiento, el banco honrará su promesa si se le presenta la simple demanda de pago (art. 4.08 ISP) [196]. Ello es así porque las ISP no dicen que las garantías

---

(194) Vid. DOLAN, "The Law of Letters of Credit", §2.05; y RODNER, pp. 345-349, y p. 730, que entiende aplicable el llamado principio Wichita tanto a los créditos documentarios y los contingentes, como a las garantías independientes.

(195) WUNNICKE y TURNER, 6.05[F], pp. 6-24 a 6-27.

(196) Este tema ha sido abordado ya por la doctrina alemana (*Effektivklauseln*), si bien con resultados no coincidentes, ya que algunos autores mantienen que se presente una prueba del incumplimiento. Vid. BERTRAMS, pp. 122-123, que opina que se ha de mantener que estamos ante garantías independientes que requieren la demanda de pago sin más añadidos.

Por supuesto, el análisis, bajo las reglas de las ISP, parte de la base de que el carácter fundamental de la promesa es la independencia de la misma; si ello no es claro, entonces se estará en presencia de una garantía accesoria y, por lo tanto, la regla del art. 4.08 ISP no sería de aplicación convirtiendo en un crédito contingente a aquella garantía que es accesoria (BYRNE, ISP 98 & UCP 500, p. 100).

con condiciones no documentarias quedan fuera de su ámbito de aplicación, sino que, muy al contrario, da un tratamiento específico a los créditos que no especifican ningún documento. Se ha de destacar este dato frente al diferente resultado al que en parte podría llegarse en la CNUGICCC [197].

4. Principio de coherencia o congruencia

Este principio aparece recogido en el artículo 4.03 ISP, y conforme a él, el emisor o la persona designada ha de examinar los documentos para verificar que son consistentes entre sí. Esto es, que no aparezcan discrepancias entre ellos, y que su contenido coincide exactamente con el establecido en el crédito. El principio de coherencia se relaciona directamente con el principio documentario, ya que el emisor verificará la incongruencia entre los documentos sólo en la medida en que se disponga en el crédito contingente. No es necesario, en cambio, que el principio de coherencia alcance al número de documentos, ya que el emisor ha de examinar los documentos que se le presenten aunque no se hayan presentado todos los documentos exigidos (art. 3.02 ISP).

5. Principio de originalidad

De acuerdo con él, todo documento que se presente ha de ser original; en este sentido se considera que un registro electrónico es original [art. 4.15 a) y b) ISP]. Existe, además, la presunción de que los documentos presentados son originales. Así, en primer término, todo documento presentado se considera como original, salvo que en apariencia haya sido reproducido de un original; y, en segundo lugar, aun en dicha circunstancia, será considerado como original si la firma o la autenticación son aparentemente originales [art. 4.15.c) ISP]. Con esta regla, que tuvo en mente los problemas generados por el art. 20.b) RUU, se superan algunos de los inconvenientes originados por dicho precepto en relación con el concepto de original. Conforme a dicho precepto se entiende que

---

(197) Esta cuestión la ha tratado agudamente DÍAZ MORENO, Nota introductoria, pp. 1030-1031, donde llega a las siguientes conclusiones: a) de acuerdo con el art. 3.b) CNUGICCC quedan fuera del ámbito de la Convención las garantías que incluyan condiciones de pago que no sean de carácter estrictamente documentario; y b) que, de una lectura conjunta de los arts. 11.1.f) y 12.b) CNUGICCC, se deduce que, cuando la extinción del derecho del beneficiario se haya hecho depender de un hecho ajeno al ámbito de actividades del garante y no se haya previsto documento alguno para acreditarlo, dicha extinción se producirá al presentarse un documento expedido por el beneficiario que certifique que el hecho ha tenido lugar. Dicha regla, finaliza el citado profesor, será aplicable en los supuestos en que existan condiciones no documentarias de extinción de la garantía, reservándolos un tratamiento de conversión en condiciones no documentarias.

son originales los documentos emitidos que aparentemente hayan sido emitidos por sistemas de reprografía, automatizados o computerizados, por copia mediante papel carbón, siempre que estén marcados como originales y que, cuando sea necesario, estén aparentemente firmados.

Se deduce, pues, de la regla de las RUU, que un documento producido por el ordenador en el que se inserta la firma manuscrita no es un original, ya que no está marcado como tal. A dicha conclusión llegó el tribunal en el ya famoso caso, *Glencore International AG and another v. Bank of China* (198), donde se presentó la copia de una factura con la firma manuscrita del beneficiario. Un año más tarde, los tribunales ingleses se pronunciaron nuevamente en torno a esta cuestión en el caso *Kredietbank Antwerp v. Middland Bank PLC* (199), donde se sostuvo la conformidad de la presentación de una copia de una póliza de seguros que contenía la firma manuscrita del beneficiario. La controversia generada por estas dos decisiones motivó dos reacciones de importancia. La primera, en enero de 1999, por la que el *International Financial Services Association* (IFSA) publicó una carta redactada por James G. Barnes advirtiendo de algunos de los errores en el caso *Glencore*; la segunda por la Comisión de práctica y técnica bancaria de la CCI, que ante las numerosas preguntas acerca del concepto de original, adoptó unánimemente el 12 de julio de 1999 una decisión interpretando el art. 20.b) RUU. En opinión de la Comisión Bancaria, la interpretación, dada por el tribunal al concepto de original en el caso *Glencore,* es claramente inconveniente, máxime cuando el marchamo de original en un documento carece de valor comercial o de significado legal y no responde a la práctica bancaria, donde los bancos consideran como originales los documentos que aparentemente incorporan una firma, marca, sello original, a menos que el documento mismo indique que no es un original. Recomienda asimismo la Comisión que en una futura revisión de las RUU se considere el artículo 4.15 ISP (200), porque, como ya se señaló, las ISP consideran original al documento que aparezca firmado aun cuando éste parezca una copia.

---

(198) [1996], 1 Lloyd's Rep. 135.

(199) En primera instancia (1997, Nos. 609 & 123) (31 July 1997); en apelación [1999, 1 All E.R. (Comm) 801].

(200) Vid. James E. BYRNE, "The Original Documents Controversy. From Glencore to the ICC Decision", *The Institute of International Banking Law & Practice,* 1999, pp. 1 y ss. En este libro se reproducen, entre otros, los casos *Glencore* y *Kredietbank*, así como la carta de la IFSA y la decisión de la Comisión bancaria de la CCI. Puede consultarse también el artículo de Adam JOHNSON, "Letters of Credit and Original Documents Again", JIBL, 1999, núm. 9, pp. 287-291, donde el autor se muestra claramente contrario al resultado obtenido en el caso *Kredietbank*.

Retornando a las ISP, si en el crédito contingente se exige la presentación de una copia, se permite la presentación tanto de un original como de una copia, a menos que en el crédito contingente se estipule que sólo puede presentarse una copia o se resuelva de otra manera la disposición de todos los originales [art. 4.15.d) ISP]. En el caso de que se exijan múltiples ejemplares de un mismo documento, sólo uno ha de ser original (por ejemplo si se exigen "dos copias" o "dos juegos"), salvo que expresamente se indique lo contrario en el crédito contingente (por ejemplo, señalando que se requieren "originales por duplicado" u "originales múltiples") [art. 4.15.e) ISP] (201).

6. Comprobaciones que ha de realizar el banco al examinar los documentos

El emisor ha de verificar determinados extremos de la presentación —el idioma, la fecha, la cuantía, etc.— para determinar si cumplirá con su promesa.

— *Comprobación del idioma de los documentos*

Se establece que el idioma de todos los documentos emitidos por el beneficiario debe ser el utilizado en el crédito contingente. De esta forma, el idioma del crédito contingente dictará el idioma en el que se habrán de presentar los documentos que se exijan en el crédito cuando éstos son los que el beneficiario emite. Ha de notarse, en primer término, que el emisor puede renunciar a esta regla, de tal forma que podría admitir documentos emitidos por el beneficiario que no estuviesen redactados en el idioma del crédito contingente [art. 3.11.b) ISP].

En segundo lugar, ha de observarse que la regla en relación con el idioma se refiere a todos los documentos emitidos (redactados) por el beneficiario, por lo que no alcanza a los documentos exigidos en el crédito que hayan de ser generados por terceras personas. Se aplica en esta materia plenamente la regla del art. 4.05 ISP, que se examinará en el siguiente guión.

La opinión de la Comisión Bancaria de la CCI ha sido posteriormente tenida en cuenta por los tribunales como lo demuestran dos casos recientes: *Sungsan Yanghaeng v. Bank of China* , 98NA18072 (Korea), y *Voest-Alpine Trading USA Corp. v. Bank of China*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 8223 (S.D. Tex. 13 de marzo de 2000), ambos en *2001 Annual Survey of Letter of Credit Law & Practice.* Editors: James E. Byrne y Christopher S. Byrnes. Institute of International Banking Law & Practice, Inc., 2001, respectivamente, pp. 269-272 y pp. 273-276, especialmente el primer caso, donde el emisor consideró que la presentación no conformaba las RUU, ya que la factura y la lista de mercancías no estaban marcadas como originales. El tribunal, sin embargo, apoyándose en la interpretación de la Comisión Bancaria consideró que la presentación sí era conforme.

(201) Vid. de forma similar art. 20.c).ii) RUU.

En tercer lugar, y por lo que atañe a los documentos emitidos por terceras personas en idioma distinto al del crédito contingente, las ISP no indican quién será el encargado de la traducción de los documentos, por lo que habrá de estarse a la práctica en esta materia. El Comentario Oficial llama la atención acerca de las hipótesis en que el banco decide conforme a su práctica interna traducir el documento o documentos. En este caso, la adecuación de la traducción podría convertirse en un elemento clave si el emisor decide rechazar la presentación basándose en discrepancias derivadas de la traducción [202].

— *Comprobación de la persona que emite los documentos*

Conforme al art. 4.05 ISP, los documentos han de ser emitidos por el beneficiario, a menos que del documento, conforme a los usos o porque así se exige en el propio crédito contingente, se derive que ha de ser emitido por un tercero. En este sentido, han de observarse las diferencias con lo que sucede en el mundo del crédito documentario, donde, como se sabe, suelen ser variados los documentos a presentar, sin que el beneficiario tenga control sobre muchos de ellos —documentos relativos al contrato de seguro, al transporte, etc.—. La situación es diferente en el crédito contingente y, por ello, los redactores han creado esta regla general. Por otra parte, y de conformidad con el art. 4.05 ISP que se comenta, un documento presentado por el beneficiario cuando el crédito dice que ha de ser presentado por un tercero o cuando así se deduce de los usos (por ejemplo, un laudo arbitral ha de ser emitido por el árbitro o árbitros), no sería un documento conforme con los términos del crédito contingente, y, en consecuencia, habría de ser rechazado por el banco.

— *Identificación de la persona que realiza la presentación de los documentos*

En principio, no existe obligación de identificar a la persona que realiza la presentación, salvo en el caso de que se presente un registro electrónico. Tampoco está obligado a comprobar la identidad del cesionario de la suma a cobrar [art. 4.13.a) ISP].

— *Irrelevancia del cambio del nombre del emisor o del confirmante en los casos de adquisición o fusión*

Si el emisor o el confirmante cambian su organización, se fusionan o cambian su nombre, cualquier referencia al nombre del emisor o del confirmante en los documentos presentados puede hacerse tanto a éste como a su sucesor (art. 4.14 ISP).

---

(202) Vid. Comentario Oficial al art. 4.04 ISP, núm. 4, p. 150.

— *Comprobación de la fecha de los documentos*

Los documentos tienen que reflejar una fecha de emisión anterior a la presentación (203). Ha de notarse que, al igual que se indicó en relación con el idioma, el emisor puede renunciar a esta regla, a solicitud del emisor, de tal forma que podría admitir documentos fechados después de la fecha de presentación [art. 3.11.a)i) ISP].

El Comentario Oficial, por su parte, indica que la presentación de documentos postdatados a la presentación no implica fraude de parte del beneficiario, aunque sí falta de coherencia entre el documento y el crédito (204).

— *Comprobación de la cuantía en la demanda*

La demanda de pago que presente el beneficiario ha de ajustarse a la cuantía del crédito, ya que de lo contrario la presentación será discrepante. Por contra, el banco no ha de comprobar que la cuantía corresponda con la que se indica en los restantes documentos [art. 3.08.e) ISP]. Ello es habitual en los casos en que el crédito contingente cubre sólo una parte de la cantidad debida en la operación subyacente (205).

— *Comprobación de la firma de los documentos*

En principio, la firma no es un elemento esencial, puesto que los documentos sólo estarán firmados si así lo indica el crédito contingente o si los usos estándar de los créditos contingentes así lo requieren (art. 4.07 ISP). En cualquiera de estas circunstancias, el emisor ha de estar a lo especificado en el crédito. El Comentario Oficial a esta sección resulta muy esclarecedor, sobre todo ante otros preceptos de las ISP donde se exige que ciertos documentos estén firmados (arts. 4.16 a 4.19 ISP), por lo que, a primera vista, parece existir una cierta contradicción entre la regla general del art. 4.07 ISP y los singulares preceptos mencionados. Los últimos demandan la firma en la reclamación de pago, la declaración de incumplimiento u otra causa de disposición, los documentos negociables, y los legales o judiciales (206); como señala el Comentario, dichas normas singulares reflejan la práctica estándar de los créditos contingentes.

---

(203) Vid. art. 22 RUU.

(204) Comentario Oficial al art. 4.06, núm. 3, p. 154.

(205) El Comentario Oficial al art. 3.08 ISP, núm. 6, p. 117, además de mencionar a la demanda, añade el *draft*. El *draft* que se utiliza por la versión oficial inglesa en el art. 1.09 ISP es traducido por instrumento de giro en la versión española. La adición es importante y acertada.

Nótese que esta regla supone variar lo dispuesto en los artículos 37.c), 13(a) y 21 RUU (BYRNE, ISP 98 & UCP 500, p. 75).

(206) Vid. Comentario Oficial al art. 4.07 ISP, núm. 3, p. 157, añadiendo a los documentos de transporte y de seguro, pero no a la factura que no requiere firma de conformidad con lo dispuesto en la práctica estándar reflejada en el art. 37.a)iii) RUU.

Ante la lista de documentos que requieren la firma, que cubren muchas de las transacciones que quedarán gobernadas por un crédito *standby*, y particularmente las que entran en la categoría de *clean standby* o de garantías a simple demanda o a primer requerimiento cuando se presenta únicamente una reclamación o, en su caso, la reclamación y la declaración de incumplimiento, se debe cuestionar la formulación del precepto, máxime cuando las reglas intentan precisamente adecuarse en su redacción a la estructura particular del crédito contingente. Por ello, quizá hubiese sido más conveniente invertir la redacción del art. 4.07 ISP, de tal forma que indicase que: *"es necesario que todos los documentos estén firmados, salvo cuando en el crédito se indique lo contrario o a menos que el tipo de documento, de acuerdo con los usos estándar de los créditos contingentes no deba estarlo"*.

Cuando el crédito únicamente exige la firma [207], pero no especifica nada más o únicamente se dan determinadas instrucciones, se aplica lo dispuesto en el art. 4.07 ISP.

— *Comprobación de la forma de la declaración*

Suele ser frecuente que el crédito contingente especifique el tipo de declaración que ha de realizar el beneficiario para solicitar el importe del crédito. Esto ha dado lugar a una gran litigiosidad cuando el beneficiario no se ajustaba estrictamente a las estipulaciones del crédito, por ejemplo, porque variaba algunas palabras o porque había errores tipográficos, etc. El tratamiento de esta cuestión, sumamente importante para el emisor que debe contar con unas reglas claras y precisas para realizar su labor de examen, se lleva a cabo por el artículo 4.09 ISP, aplicándose nuevamente los principios de apariencia y de congruencia, que evidencian en esta sede la aplicación del principio de cumplimiento sustancial [art. 4.09.a) ISP] y el principio de cumplimiento estricto, que se bifurca erróneamente en una aplicación de la llamada "regla del espejo", en un caso [art. 4.09.c) ISP], y en otro en una regla del espejo más matizada [así en la regla 4.09.b) ISP].

---

[207] Por firma electrónica se entiende las letras, los caracteres, las cifras u otros símbolos en formato electrónico, adjuntos o asociados lógicamente al registro electrónico, que son ejecutados o adoptados por una de las partes con la intención de autenticar dicho registro [art. 1.09.a) ISP].

Vid. además: artículo 20.b) RUU: *"Un documento puede estar firmado a mano, mediante facsímil de firma, firma por perforación, sello, símbolo o cualquier otro sistema mecánico o electrónico de autenticación"*.

En nuestro ordenamiento la firma se regula por el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica (BOE núm. 313, de 31 de diciembre).

Se aplica el principio de conformidad sustancial cuando el crédito no precisa la redacción exacta de la declaración; en este caso, la redacción del documento presentado debe expresar en apariencia el mismo significado que el exigido en el crédito contingente. Por tanto, no será necesaria la reproducción del lenguaje empleado en el crédito, aunque sí es conveniente para evitar problemas (208).

Por su parte, la regla del espejo se aplica en dos situaciones:

a) Cuando para reclamar el crédito contingente se exige una declaración con una redacción precisa (esto es, que viene entrecomillada, en mayúsculas o en un documento o formulario adjunto) (209), junto con la especificación de que la redacción ha de ser exacta o idéntica (210).

Ello significa que se ha de duplicar con exactitud el redactado del documento presentado, incluyendo los errores tipográficos, de ortografía, puntuación, espaciado y similares, al igual que las líneas y los espacios en blanco destinados a los datos. Esta regla ha sido sometida a una acertada y dura crítica por WUNNICKE y TURNER, principalmente porque, probablemente más que ninguna otra regla en las ISP, se aparta de la práctica estándar en materia de

---

(208) En opinión de WUNNICKE y TURNER, §6.05[D], p. 6-17, esta regla probablemente favorece al beneficiario; y TURNER, "New Rules", pp. 475-476.

En relación con las garantías independientes: BERTRAMS, pp. 227-228 es partidario de la aplicación del principio de conformidad sustancial según los casos y así señala que *"it is sufficient that the wording of the statement is consistent with and conforms in substance to the formula prescribed in the guarantee"*. Además en relación con las *effektivklauseln* señala que las mismas pueden dar lugar a dificultades en relación con la naturaleza de la promesa, pero que, si se llega a la conclusión de que es una garantía, entonces el banco no podrá requerir ni la prueba del incumplimiento ni una declaración de incumplimiento; en los casos en que la garantía señale que es pagadera a la primera demanda justificada, entiende, siguiendo en este punto a la jurisprudencia alemana, que dicha frase se ha de interpretar en el sentido de requerir al beneficiario que únicamente presente una declaración de incumplimiento. Es particularmente interesante el estudio que desarrolla BERTRAMS, ya que en función de los documentos que se han de presentar se inclina según su contenido por el principio de conformidad estricta o por el de conformidad sustancial.

(209) WUNNICKE y TURNER, §6.05[D], pp. 6-19 y 6-20, critican el hecho de que el precepto sólo se refiera a esas tres formas de especificar un determinado texto para la reclamación, cuando la realidad demuestra otras formas como la utilización de un determinado tipo de letra (*cursiva*). En su opinión, muy probablemente estas otras formas quedarán también incluidas en la disposición. Asimismo: TURNER, "New Rules", pp. 476-477.

(210) WUNNICKE y TURNER, [E], p. 6-23, indican que pueden existir problemas de interpretación cuando no se utilicen en el crédito las palabras idénticas o exactas, por ejemplo, si se utiliza el término "preciso" o "verbatim" o que el texto debe ser "duplicado de buena fe".

crédito contingente y es, además, claramente injusta, por lo que debe ser rechazada, y por ello recomiendan a los beneficiarios que pidan que el crédito excluya su aplicación [211]. Y es que, efectivamente, como opinan esos autores, la práctica estándar en materia de créditos contingentes sigue la doctrina de conformidad estricta, pero ella no impone la regla de la imagen del espejo. Regla que es la acogida por el apartado c) del art. 4.09 ISP. Por ello, esta regla debe ser rechazada. Con todo la aplicación de este precepto no será muy frecuente, ya que no es usual demandar una redacción idéntica o exacta.

b) Cuando se precisa la redacción de la declaración, en la forma ya vista anteriormente con entrecomillado, etc., pero sin especificar que la redacción ha de ser exacta o idéntica, no es necesario duplicar los errores tipográficos, de ortografía, etc., que se deriven de su lectura. En este caso, las líneas o espacios en blanco destinados a los datos pueden ser rellenados de cualquier forma que no sea inconsistente con el crédito contingente. Luego, *a contrario,* salvo en relación con los detalles mencionados, el texto de la reclamación ha de ser idéntico al del crédito contingente.

Ello nos parece excesivo, y creemos que el precepto no habrá de ser cumplido al pie de la letra por el emisor, y que, en consecuencia, una cierta discreción podría todavía existir, porque la labor de examen del emisor y la propia interpretación de las reglas de las ISP queda sujeta a los usos estándar de los créditos contingentes, incluso, diríamos, en esta materia, a la razonabilidad y sensatez del banco a la hora de cualificar las discrepancias en la reclamación. Veamos algunos ejemplos:

— El crédito contingente exige que se presente el siguiente affidávit beneficiario en los siguientes términos:

> "The undersigned, being President or Treasurer of Cashman Brothers Marine Contracting Co., Inc., hereby certifies that (the costumer) has failed".

---

[211] WUNNICKE y TURNER, §6.05[E], pp. 6-20 a 6-24.

En relación con la injusticia de la regla, los autores citados claramente advierten que los tribunales en EEUU podrían negarse a aplicar dicho precepto. Así por ejemplo, el beneficiario —desconocedor de la regla— podría argumentar la mala fe del emisor al insistir en una redacción idéntica o exacta, lo que, añadimos, evidentemente le da la ventaja de decidir a su discreción si la presentación conforma o no las condiciones del crédito.

La reclamación se presenta con el siguiente texto:

> "The undersigned, being President or Treasurer of Cashman Brothers Marine Contracting Co., Inc., hereby certifies tha he has determined (the costumer) has failed" (212).

Pues bien, el emisor en este ejemplo debería rechazar la presentación de la declaración de incumplimiento y ello no tanto porque no se cumplen los dictados del art. 4.09.b) ISP, como porque la modificación que se produce en la reclamación presentada es significativa: se introduce un juicio subjetivo acerca del incumplimiento cuando el texto del crédito únicamente reclama la declaración de incumplimiento.

— Supongamos siguiendo el ejemplo anterior que el crédito señala que la declaración ha de ser:

> "The undersigned, being President or Treasurer of Cashman Brothers Marine Contracting Co., Inc., hereby certifies that the costumer has failed".

La presentación indica que:

> "The undersigned, being President or Treasurer of Cashman Brothers Marine Contracting Co., Inc., hereby certifies that the client has failed".

— Nuevamente siguiendo el caso anterior, supongamos que el crédito señala que la declaración ha de ser:

> "The undersigned, being President or Treasurer of Cashman Brothers, Marine Contracting Co., Inc., Los Angeles hereby certifies that the costumer has failed".

La presentación indica que:

> "The undersigned, being President or Treasurer of Cashman Brothers Marine Contracting Co., Inc., Los Angelex hereby certifies that the costumer has failed".

---

(212) Se trata del caso *American Nat'l Bank v. Cashman Bros. Marine Contracting*, 550 So 2d 98 (Fla. App. 1989), citado por COSTA, "Le formalisme", p. 711, donde el juez, con buen criterio, aplicó el principio de conformidad estricta; id., "Le crédit documentaire", pp. 42-43.

En relación con los dos últimos ejemplos, si se sigue al pie de la letra la regla del art. 4.09 ISP (que trasluce la regla ya rechazada de la imagen exacta en el espejo: *mirror image rule*), el emisor habría de rechazar la presentación. En particular, en el segundo caso, los errores aparecen en la reclamación y no, como indica dicho artículo, en el texto del crédito. Ello no parece ni lógico ni razonable, y debería admitirse en ambos casos que esa mínima divergencia con el texto del crédito no presenta la suficiente entidad como para estimar que la presentación no es conforme, máxime porque el beneficiario no ha recibido un curso en relación con el examen de los documentos como hacen los empleados de los bancos, y, sobre todo, porque no existe posibilidad alguna de que el banco pueda confundirse o sufrir algún error en la apreciación de la conformidad de la reclamación, siendo ésta probablemente la regla que deba guiar al emisor en su actuación (213). Por otra parte, nótese que seguir el tenor literal del precepto lleva a que se desvirtúe el deseo de los redactores de las ISP, expresado en el Comentario Oficial al artículo 4.01 ISP (214), e, incluso, se llega a un resultado todavía más funesto que de haberse reflejado en la redacción del artículo el principio de estricta conformidad (215). Más aún, la declaración de principios establecida en el artículo 4.01 ISP se compadece mal con el Comentario Oficial al art. 4.09.b) ISP, donde se traza una interesante analogía en esta materia con el art. 37.c) RUU: *" La descripción de las mercancías en la factura comercial debe corresponder con su descripción en el crédito. En todos los demás documentos se podrán describir las mercancías en términos generales no contradictorios con la descripción de las mercancías en el crédito"*. Este

(213) Es precisamente la regla que se sigue por numerosos tribunales cuando se apartan del principio de cumplimiento estricto; véase por ejemplo COSTA, "Le crédit documentaire", pp. 43 y ss.; id. "Le formalisme", pp. 714 y ss., con el resumen de los casos y la doctrina asentada por los tribunales. Vid. además, WUNNICKE y TURNER, §6.05 [E], p. 6-20, que entienden que la presentación habrá de ser considerada conforme.

(214) Comentario Oficial a la sección 4.01, núm. 1, p. 140, donde se indica que se quiere evitar el uso del término "strict compliance", por lo que el test de la conformidad se ha de hacer a la luz de la práctica, en función del particular documento, y de conformidad con las reglas de las ISP.

(215) Sirva de ejemplo el caso ya citado: *Tosco Corp. v. Federal Deposit Insurance Corp.*, 723 F.2d 1242 (6th Cir. 1983), donde la carta de crédito especificaba que los términos de la presentación eran *"drafts Drawn under Bank of Clarksville Letter of Credit Number 105"*, y la presentación se realizó indicando *"drawn under Bank of Clarksville, Clarksville, Tennessee Letter of Credit núm. 105"*. El tribunal entendió que la presentación era conforme. Precisamente WUNNICKE y TURNER, §6.05[D], p. 6-19, comentando el art. 4.09.b) ISP, también ponen como ejemplo al caso Tosco, señalando que presumiblemente el fallo del beneficiario al duplicar el error, que es obviamente insignificante, quedará cubierto por el art. 4.09.b) ISP, aun cuando el error indiscutiblemente no es un error tipográfico. Vid. también las críticas de DOLAN, "Analyzing", pp. 1890-1891, en igual sentido que los anteriores.

precepto, a diferencia de otros de los RUU, como los que se refieren a los documentos de transporte y seguro, se refiere expresamente a la descripción de las mercancías, escogiéndose dos estándares diferentes en cuanto que uno es más flexible que el otro (216). Pues bien, el Comentario Oficial al art. 4.09 ISP (217) entiende que en la práctica *standby* el lenguaje operativo de la presentación ocupa una posición de similar importancia a la de la descripción de las mercancías en la factura, esto es, añadimos, debe corresponder el lenguaje de la presentación con el indicado en el crédito. Si, como finaliza indicando el Comentario Oficial, ese resultado es reflejo de la práctica de los créditos contingentes, es claro que la regla del art. 4.09.b) ISP constriñe tremendamente al emisor a la hora de realizar su labor de examen (218).

— *Comprobación de las formalidades de las declaraciones*

En principio, no es necesario que las declaraciones exigidas vayan acompañadas de requisitos formales, trámites oficiales o cualquier otra formalidad. No obstante, es posible que el crédito sí lo exija, aunque sin que se especifique su forma o contenido, en cuyo caso se aplicará la regla prevista en el art. 4.12 apartados b) y c) ISP, y que básicamente supone aplicar el principio de aparente conformidad.

7. Plazo para realizar el examen

El plazo que tiene el emisor para realizar su labor de examen de los documentos —así como para pagar— se deduce del establecido para notificar el incumplimiento cuando los documentos presentados no conforman las condiciones del crédito. Conforme al art. 5.01.a) ISP, el emisor ha de notificar el incumplimiento en un plazo razonable tras la presentación. Dicho plazo se concreta entre los tres y los siete días laborables. Por tanto, el banco tiene dicho plazo para examinar los documentos, así como para realizar la notificación del incumplimiento (219), en el bien entendido que si examina prontamente, por ejemplo, el mismo día o al siguiente de la presentación, el emisor ha de notificar

(216) Como se indica por SCHMITTHOFF, *Schmitthoff's Export Trade,* p. 414, se mitiga el principio de cumplimiento estricto.

(217) Comentario Oficial al art. 4.09 ISP, núm. 3, p. 163.

(218) Vid. una interpretación diferente en BYRNE, ISP 98 & UCP 500, p. 102, señalando que el estándar acogido en el art. 4.09 (b) ISP es más flexible que el del art. 13.a) RUU aunque similar al del art. 37.c) RUU. Asimismo, indica que algunos banqueros interpretan el art. 21 RUU para justificar que se repliquen las frases entrecomilladas. Este precepto, sin embargo, opina el profesor Byrne, no indica el estándar de cumplimiento ni el grado de réplica.

(219) Vid. *infra* apartado X.

también prontamente si decide no cumplir su promesa de pago. No puede, por tanto, esperar a que transcurra el plazo límite para realizar el trámite de la notificación [220]. Si bien ello no se indica expresamente en las Reglas, creemos que, en primer término, es una solución acorde con la debida diligencia que debe desplegar el emisor en su tarea de examinar, notificar o pagar, y, en segundo lugar, es coherente con la razonabilidad del plazo. En definitiva, puede decirse que, realizado el examen, el pago o la notificación del incumplimiento se han de suceder casi sin solución de continuidad. Nótese en este punto la diferente regulación en la CNUGICCC, donde el garante/emisor dispone de un plazo razonable para examinar (art. 16.2) y además de otro plazo para realizar el pago, si bien éste deberá efectuarse sin demora (art. 17.2).

La cuestión que inmediatamente se suscita de una lectura del art. 5.01.a) ISP es el de la eficacia jurídica del plazo razonable, y ello porque si bien el plazo razonable es el estándar imperativo no lo es la regla presuntiva —y especificada en días— en torno a lo razonable o irrazonable. En definitiva, la pregunta que surge es si un banco que notifica en 8 días está incumpliendo con su obligación de examinar y notificar el crédito en plazo razonable. Esta no es una cuestión carente de importancia porque las ISP no han establecido un plazo límite imperativo más allá del cual la falta de notificación es irrazonable, como por ejemplo hacen la sección 5-108(b) UCC y los arts. 13(b) RRU [221] y 16.2 CNUGICCC al establecer la imperatividad tanto del plazo razonable como del tiempo límite de los siete días. Asimismo, y en sentido inverso, se ha de cuestionar si la notificación realizada en el sexto día laborable es razonable en todo caso.

El tenor literal de las ISP lleva a entender que una notificación en 8 días bien puede ser razonable si existen condiciones que así lo justifiquen, por ejemplo, el calibre y complejidad de los documentos que se han de examinar; y, al contrario, una notificación realizada al sexto día laborable puede no ser razonable si el volumen de los documentos y su contenido es sencillo. Ahora bien, es muy posible que la interpretación que se haga de las ISP en este punto se acerque a la de los textos legales mencionados, por lo que habría de sostenerse

---

[220] En este sentido se pronuncia también el Comentario Oficial a la sección 5-108 UCC, núm. 4, aceptando el pronunciamiento de *Datapoint Corp. v. M & I Bank,* 665 F.Supp. 722 (W.D. Wis. 1987) y *Esso Petroleum Canada, Div. of Imperial Oil, Ltd. v. Security Pacific Bank,* 710 F.Supp. 275 (D. Ore. 1989).

[221] Vid. también artículo 14.d).i) RUU: se ha de notificar el incumplimiento sin demora por telecomunicación o, si no es posible, por cualquier otro método rápido (por ejemplo, valdría una comunicación por teléfono, confirmada por una confirmación escrita si es necesaria: Opinión Oficial de la CCI R262) y, en cualquier caso, no más tarde del cierre del séptimo día bancario hábil posterior a la fecha de recepción de los documentos.

la irrazonabilidad de un plazo de notificación que exceda de los siete días laborables (222). Ello será así por diversos factores, en particular, por lo dispuesto en los otros textos legales, y, además, porque en muchas ocasiones los documentos que se examinarán en una carta de crédito *standby* serán menos y de menor complejidad que los que se analizarán bajo un crédito documentario.

La diferente interpretación que puede darse en torno a esta cuestión puede llevar a resultados diversos; por ejemplo, si la carta de crédito contingente sólo requiere el examen de un documento —la simple demanda de pago—, una notificación en el séptimo día, por ejemplo, podría ser considerada irrazonable (223), lo que no sucedería si los plazos —entre 3 y 7 días— se interpretan como el período de tiempo máximo de que dispone el banco en cualquier caso para realizar sus obligaciones de examen y, en su caso, pago o notificación. En nuestra opinión, la segunda interpretación, que acerca las ISP a los otros textos legales mencionados, debe rechazarse y, por tanto, ha de entenderse que el emisor dispone de un plazo razonable (224). Qué sea razonable dependerá de las

---

(222) Implícitamente el Comentario Oficial al artículo 5.01 ISP, núm. 6, p. 203, parece decantarse por considerar que el plazo de los siete días es un límite infranqueable. Expresa y contundentemente acerca de la irrazonabilidad de una notificación superior a los 7 días se pronuncian el Comentario Oficial a la sección 5.05 ISP, núm. 2, p. 216: *"any time over seven business days is unreasonable"*; y BYRNE, ISP 98 & UCP 500, p. 133.

También entienden que el plazo de los siete días es un plazo máximo: WUNNICKE y TURNER, §6.06 [C], p. 6-31.

(223) Precisamente así entiende que funciona el plazo razonable bajo el UCC, véase el Comentario Oficial a la sección 5-108, núm. 2, lo que ha sido confirmado por la jurisprudencia inglesa al hilo de los RUU: *Bayerische Vereinsbank Aktiengesellschaft v. National Bank of Pakistan* [1997] 1 Lloyd's Rep. 59, citado por OELOFSE, pp. 328-329, aunque existe también jurisprudencia en contrario.

Examinando este aspecto, el profesor SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El contrato autónomo de garantía", p. 379, entiende que un plazo de tres días para realizar el examen debe considerarse suficiente, puesto que en las garantías independientes los documentos que se presentan son pocos y su corrección o validez se aprecia mediante su simple lectura. Vid. análogamente: DÍAZ MORENO, "Las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio", p. 11, si bien señalando que el plazo será entre uno y cuatro días en los supuestos ordinarios; y BERTRAMS, p. 243, quien, no obstante, entiende que habrá casos en que se necesite un período más largo de tiempo; además, opina que el período de pago debería estar entre uno y tres días tras el examen aunque la práctica demuestra que existen retrasos a la hora de efectuar el pago.

(224) Vid. por contra en relación con el crédito documentario: S.K. CHATTERJEE, "Persisting Controversy as to Reasonable time under the Documentary Credit Mechanism: An Overview of the 1993 UCP for Documentary Credits", JIBL, vol. 9, issue 6, June 1994, cit., p. 237: *"In other words, under the 1993 UCP, the 'reasonable time' stands for seven banking days. To put it in another way, the reasonable time under the 1993 UCP is fixed; there is no room for flexibility in determining it"*.

circunstancias de cada caso concreto, y muy particularmente de la práctica estándar internacional, lo que en el último caso presenta el problema ya mencionado de que dicha práctica puede estar influenciada por los plazos establecidos en relación con los créditos documentarios y particularmente por el límite de los siete días laborables [225].

En relación con el plazo concretado en días laborables, a continuación realizaremos algunas puntualizaciones derivadas tanto de los diferentes estándares acogidos en otros textos legales, como de la desafortunada coordinación entre la versión oficial inglesa y la castellana, así como del hecho de la defectuosa técnica normativa de las ISP en este punto.

El UCC [sección 5-108(b)] y la CNUGICCC (art. 16.2) señalan que el emisor tiene un plazo razonable que no puede ser nunca superior a siete días laborables (*business days*), mientras que el artículo 13(b) RUU habla de siete días bancarios hábiles (*seven banking days*). Las ISP se refieren a un plazo concretado en días laborables (*business days*). Es evidente que un día laborable no ha de coincidir exactamente con un día bancario hábil, aunque lo más normal será que coincidan. En cualquier caso, el estándar escogido en todos los textos excepto en las RUU es el del día laborable (el art. 10 URDG no menciona esta cuestión, y se refiere únicamente a un plazo razonable, pero sin concretarlo) [226]. Ninguno de los textos legales nos ofrecen definiciones acerca de qué deba entenderse por día laborable o por día bancario, excepto las ISP. Y es aquí donde las Reglas están sujetas a varias críticas. En primer lugar, porque define día laborable bancario (*banking day*) sin que se mencione este término en el articulado de las ISP, lo que ciertamente evidencia un defecto de técnica normativa. En segundo lugar, porque la traducción española en este punto no se coor-

---

(225) El Comentario Oficial a la sección 5.01 ISP, núm. 4 a 6, pp. 202-203, entiende que el tiempo razonable ha de ser examinado a la luz de dichas prácticas (*reasonable standby banker*).

(226) Interesante resulta la Opinión Oficial de la CCI, todavía no publicada, acerca del tiempo razonable para el examen de los documentos cuando una garantía se somete tanto a las URDG como a las RUU. En la hipótesis en cuestión se trataba de una garantía a simple demanda sometida a los dos textos de la CCI. El emisor pregunta a la CCI cuál es el plazo para el examen a la vista de los artículos 10 URDG y 13.b) RUU. La CCI no responde a la pregunta de cuál de los dos preceptos prevalece sobre el otro, sino que manifiesta que lo que sea razonable dependerá del tribunal que examine el caso y particularmente del número de documentos que se van a examinar. En este sentido, entiende que como en la hipótesis examinada sólo hay que examinar un documento, bien podría entenderse que se requiere menos tiempo que el especificado en las RUU, que está pensado para el examen de un mayor número de documentos. La CCI, además, indica que el hecho de que el texto de la garantía señale expresamente que es pagadera a simple demanda no implica que se haya de pagar el mismo día. Por último, ofrece como guía el artículo 5.01 ISP.

dina con la versión inglesa. El texto en inglés se refiere en todo momento a la palabra *business day* (por ejemplo, artículos 3.05, 3.11, 3.13, 3.14, 5.01, 5.06 y 9.03 ISP), mientras que la traducción en castellano utiliza indistintamente las palabras día hábil (*business day*, por ejemplo en las secciones 3.05, 3.11, 3.13 y 3.14) y día laborable (secciones 5.01, 5.06 y 9.03). Pero es que, además, se evidencia que el término *business day* no ha sido traducido como día laborable, sino como día hábil, con lo que la versión en castellano presenta la duda de si cuando habla de día laborable se está refiriendo al día laborable bancario que sí define, y que corresponde en la versión inglesa con *banking day.*

En principio, debe entenderse, por coherencia con la versión inglesa —y también con los términos de la CNUGICCC que según el Prólogo de la edición en castellano a las ISP es el texto que se sigue terminológicamente en detrimento de otras publicaciones de la CCI—, que día hábil y día laborable significan lo mismo (*business day*). Por tanto, se está haciendo referencia a un día en que el establecimiento donde se cumple el hecho pertinente está abierto con normalidad, sin que tenga relevancia —entiéndase en relación con las disposiciones de la ISP— el término día laborable bancario (*banking day*) que, repetimos, no se menciona en dicho texto. Por otra parte, la elección del término día laborable es consistente con la idea de que los bancos no son los únicos que pueden emitir garantías. Sí debe resaltarse que el efecto práctico derivado de la definición de día laborable (día hábil en la terminología de las reglas en castellano) es que cuando se deba realizar, por ejemplo, la presentación ante una institución bancaria, el plazo de los siete días laborables corresponderán con días bancarios. Ello es así porque el día hábil se define en relación con el establecimiento —banco, por ejemplo— donde se cumple el hecho pertinente, guardando esta definición una correlación con la de día laborable bancario, que es el día en que el banco pertinente está abierto con normalidad en el lugar donde se cumple el hecho pertinente [227].

Por último, debe indicarse que, por un lado, se podrán pactar en el crédito contingente otros plazos diferentes, inferiores o superiores a 3 y 7 días, respectivamente, o, incluso, concretando un plazo específico: "el examen de los documentos y, en su caso, el pago o la notificación habrá de producirse en el término

---

[227] Vid. en este sentido el Comentario Oficial a la sección 1.09(a) ISP, p. 40. Similares consideraciones pueden hacerse en relación con otro término que menciona el Comentario Oficial, pero que no aparece en las Reglas. Se trata del de horas bancarias (*banking hours*). El comentario se relaciona con el artículo 9.04 (hora de vencimiento) que señala que si no se estipula una hora del día para el vencimiento, éste se produce al cierre comercial en el lugar de la presentación. Se habla, pues, de cierre comercial (*close of business*); término que es adecuado a la vista de la consideración ya expresada en el texto acerca de la diversa condición del emisor, pero que no hay problema en utilizar cuando se trata de un banco.

del 5.º día laborable"; y, por otro, que no se pronuncian las Reglas acerca de si la comunicación ha de realizarse antes o después del horario comercial [228].

8. Tipología documentaria

Con acertado criterio las ISP, en coherencia con el principio documentario esencia de la institución que comentamos, enumeran los tipos de documentos que pueden exigirse al amparo de un crédito contingente, y especifica su contenido. Dichos documentos son:

—Reclamación de pago (art. 4.16 ISP). Este es el documento mínimo imprescindible para hablar de un crédito contingente. La reclamación puede incorporarse a otros documentos exigidos en el crédito (por ejemplo, a la declaración de incumplimiento) o puede tratarse de un documento separado. En este caso, la reclamación debe incluir los siguientes datos: la reclamación de pago efectuada por el beneficiario, dirigida al emisor o a la persona designada; la fecha que indica cuándo se ha emitido la reclamación; el importe reclamado; y la firma del beneficiario [229]. Se ha de destacar, como señala el Comentario Oficial [230], que no existe una fórmula mágica para reclamar el pago, y, por tanto, no es necesario utilizar la palabra reclamación (la frase "págueme" o "me deben 1 millón de pesetas" constituyen reclamaciones de pago), ni tampoco se ha de penalizar al beneficiario por su educación: "por favor, págueme".

La reclamación puede derivarse implícitamente de la presentación de otros documentos exigidos en el crédito, por ejemplo del mismo certificado de incumplimiento. En concreto, ello ha sido práctica habitual en relación con determinados documentos como se refleja en el art. 4.16.c) ISP: la reclamación

---

(228) La cuestión se presenta interesante en algunos casos extremos, aunque no de laboratorio, como lo demuestra una consulta realizada a la CCI. En la hipótesis, el banco enviaba su notificación de rechazo vía SWIFT en el séptimo día bancario hábil. El mensaje señalaba como hora de salida las 17:37, exactamente 7 minutos después de la hora de cierre; posteriormente, los abogados del banco emisor le envían una carta al banco avisador informándole de que su notificación fue extemporánea. Ante esta consulta, la CCI, en una opinión oficial todavía no publicada, examinando el artículo 14.d)i) RUU, concluye que dicho precepto no especifica si ha de tratarse de la hora de cierre del banco emisor, confirmador o designado, por lo que se entiende que la notificación fue realizada a tiempo.

(229) En opinión de DOLAN, "Analyzing", p. 1892, la mejor forma de que se cumpla el contenido mínimo de la demanda es que el propio crédito así lo imponga, y no que ello venga dado por la incorporación por referencia de este artículo de las ISP.

(230) Comentario Oficial al art. 4.16 ISP, núm. 4, p. 184.

puede revestir la forma de un instrumento de giro (*draft*) [231] u otra instrucción, orden o requerimiento de pago. En el caso de que adopte la forma de un instrumento de giro o una letra de cambio no es necesario que sean instrumentos negociables, salvo cuando lo exija el crédito. En este caso, si el crédito exige la presentación de un documento transferible por endoso y entrega, sin estipular si el endoso debe realizarse ni cómo ni a quién, el documento puede presentarse sin endosar o, si está endosado, el endoso puede estar en blanco y, en cualquier caso, el documento puede emitirse o ser negociado con o sin recurso (art. 4.18 ISP). En cualquiera de estas situaciones en que la demanda de pago se deriva implícitamente de la presentación del o de los documentos exigidos en el crédito contingente, se han de cumplir, no obstante, con los requisitos exigidos por el art. 4.16.b) ISP para la demanda de pago [232].

— Declaración (certificado o manifestación) de incumplimiento u otra causa de disposición (art. 4.17 ISP). Este es uno de los documentos más importantes en la estructura del crédito contingente, que se enlaza con el propio significado de la carta de crédito *standby*. Pues bien, cuando el crédito requiere un documento de esas características, sin que se especifique su contenido, el documento es conforme si contiene: una manifestación al efecto de que el pago es debido porque ha ocurrido una causa de disposición descrita en el crédito contingente; la fecha que indica cuándo se ha emitido; y la firma del beneficiario.

El precepto ha sido criticado por DOLAN [233] al entender que el beneficiario razonablemente asumirá que si el crédito no dice nada bastará con que en el certificado de incumplimiento indique que se ha producido el mismo incumpli-

---

(231) El Comentario Oficial al art. 4.16 ISP, núm. 7, pp. 184-185, indica que en la práctica suelen existir reclamaciones de pago bajo la forma de instrumentos de giros (orden al banco para que pague), debido a que históricamente se consideraba imprescindible para que el banco pudiese procesar documentos financieros. No obstante, el comentario considera que ello es hoy en día innecesario y anacrónico, excepto cuando se requiere un instrumento negociable. En definitiva, la regla establecida en el art. 4.16 ISP quiere indicar que ya no es necesario dicho instrumento de giro para proceder a la reclamación, pero que caso de que sea el único documento requerido, éste habrá de cumplir con lo establecido en la subsección b). Vid. no obstante: RIVA, "Garantías independientes", pp. 86-87, quien se refiere también al concepto de *draft*, indicando que en la RUU 500 *draft* es sinónimo de letra de cambio, y advirtiendo que en el UCC se diferencia entre "documentary draft" y "documentary demand for payment". La conclusión que deriva es que *"si una carta de crédito standby requiere como documento un draft, el mismo no podrá ser considerado cumplido mediante un simple requerimiento de pago al banco emisor"*.

Para la interpretación de dichos términos en el crédito documentario del artículo 5 UCC: DOLAN, "The Law of Letters of Credit", §2.04; y BARNES, BYRNE, BOSS, p. 32.

(232) Así lo exige el Comentario Oficial al art. 4.16 ISP, núm. 2, p. 183.

(233) DOLAN, "Analyzing", p. 1894.

miento. Esto es, para el mencionado profesor, el beneficiario por aplicación del art. 4.17 ISP, ha de manifestar al efecto que el pago es debido porque ha ocurrido una causa de disposición descrita en el crédito contingente. La opinión de DOLAN se ve refrendada por el Comentario Oficial que ofrece varios ejemplos de la declaración que tendrá que realizar el beneficiario [234]:

i) Cuando se trata de un incumplimiento

a) en un crédito contingente de fianzas de licitación/fianzas de oferta, se ha de indicar que la licitación se adjudicó al solicitante o a la persona en cuyo favor el solicitante pidió la garantía, pero que no ha cumplido con los términos de la oferta.

b) en un crédito contingente de cumplimiento, se ha de indicar que existe un incumplimiento bajo el contrato (relación subyacente).

c) en un crédito contingente de anticipos, se ha de indicar que la devolución del anticipo es debido.

d) en otros casos, que el incumplimiento ha ocurrido, pero sin necesidad de especificar el mismo.

ii) Cuando se trata de un acontecimiento, se ha de indicar que el hecho o el acto ha acontecido.

iii) Cuando se trata de una deuda que ha vencido, se ha de indicar que la deuda es exigible y que está impagada.

iv) Cuando se trata de una garantía (*collateral*), que la misma es debida.

v) Cuando se trata de la expiración de un crédito contingente, que el cumplimiento por el emisor es debido y que el crédito contingente no ha sido prorrogado o sustituido a su debido tiempo.

No obstante la interpretación que se realiza, creemos que el art. 4.17 ISP no perjudica al beneficiario y que, bien leído, el precepto no impone al beneficiario nada más que la indicación de que el incumplimiento ha sucedido (además de los otros requisitos que aparecen mencionados en el art. 4.17 y que, por cierto, DOLAN [235] considera inocuos). Efectivamente, el art. 4.17 ISP, que nuevamente adolece de una defectuosa redacción, indica que si en el crédito se exige una declaración, certificado u otra manifestación de incumplimiento u

(234) Vid. Comentario Oficial al art. 4.17 ISP, núm. 3, p. 188.

(235) DOLAN, "Analyzing", p. 1894.

otra causa de disposición y no se especifica el contenido, el documento es conforme si contiene *"una manifestación al efecto de que el pago es debido porque ha ocurrido una causa de disposición descrita en el crédito contingente"*. El precepto, pues, se refiere en general a las causas de disposición, bien aquellas que deriven de un incumplimiento —las más usuales en el crédito *standby*—, bien las que tengan otro origen —por ejemplo, la fecha de vencimiento en el *standby* financiero—. Pues bien, el art. 4.17 ISP no perjudica al beneficiario porque lo único que requiere es que manifieste que el pago es debido porque ha ocurrido el incumplimiento o la causa de disposición *descrita en el crédito contingente* (nótese que si ya está descrita en el crédito no se entiende que exista la norma dispositiva). Por lo tanto, podría no existir dicha norma, y, todavía así, el beneficiario tendría que cumplir con dicho requisito, ya que, de una parte, la reclamación de pago es el requisito mínimo de cualquier crédito contingente (art. 4.16 ISP), y, de otra, que el beneficiario habrá de cumplir con lo exigido en el crédito, esto es, con la manifestación del incumplimiento o de la causa de disposición.

— Documentos legales o judiciales (art. 4.19 ISP). Cuando el crédito exige la presentación de un documento emitido por un ente gubernamental, una orden judicial, un laudo arbitral o un documento similar, el documento o la copia se considera conforme si aparentemente está: emitido por una agencia gubernamental, corte, tribunal u órgano semejante; convenientemente titulado o nombrado; firmado; fechado y certificado o autenticado originalmente por un funcionario de la agencia gubernamental, corte, tribunal u órgano semejante. La regla como se ha indicado puede resultar costosa para el beneficiario ignorante de ella, ya que si se requiere un documento oficial para la presentación, resultará que si no está certificado no será conforme con el crédito —a pesar de que éste no requiere la certificación— [236].

— Otros documentos (art. 4.20 ISP). Es posible que el crédito contingente exija documentos diferentes de los nombrados. En este caso, nuevamente se aplica el principio de aparente conformidad, por lo que el documento será conforme si aparentemente está correctamente titulado o cumple la función de este tipo de documentos de acuerdo con los usos estándar de los créditos contingentes.

---

[236] WUNNICKE y TURNER, §6.05[J], p. 6-29; y DOLAN, "Analyzing", p. 1890, quien, sin embargo, entiende que, bajo el principio de cumplimiento estricto, el banco no puede insistir en la certificación si el crédito no dice nada, citando al efecto el caso: *Bank of Canton, Ltd. v. Republic Nat'l Bank,* 509 F. Supp. (SDNY 1980), aff'd, 636 F.2d 30 (2d Cir. 1980).

IX. EL CUMPLIMIENTO POR EL EMISOR DE SU PROMESA: EL PAGO

Tras el examen de los documentos, conforme a las reglas y principios examinados en el apartado anterior, el emisor tendrá dos opciones: cumplir o no cumplir con su promesa [237]. Asumiremos ahora que el banco entiende que la presentación conforma con los términos y condiciones del crédito contingente por lo que habrá de hacer honor a su promesa de pagar. Veamos, a continuación, cómo se articula dicha obligación de pago.

— El emisor cumple pagando el importe exigido a la presentación (pago a la vista) [238], a menos que en el crédito se indique que cumple [art. 2.01.b) ISP] [239]:

a) por aceptación de un instrumento de giro librado por el beneficiario sobre el emisor, en cuyo caso, el emisor cumple si paga al tenedor del documento contra la presentación del instrumento aceptado, al vencimiento o más tarde.

b) por pago diferido contra la reclamación del beneficiario al emisor, en cuyo caso el emisor cumple si paga al vencimiento.

c) por negociación, en cuyo caso el emisor cumple si paga el importe reclamado a la vista y sin recurso.

En los casos en que el crédito ha de ser negociado, el emisor se compromete a adquirir la letra librada por el beneficiario o bien el confirmador se obliga a su adquisición. Si el crédito se negocia, el emisor o el confirmador adquirirá la letra, ya como tomador ya como endosatario, y pagará al beneficiario el importe de la cambial o, en su caso, al tenedor que la negocie. Como tenedor actual del título, podrá presentar la letra al librado (ordenante) para su pago, o bien endosarlo. Lógicamente en este esquema las Reglas prevén que se cumple pagando a la vista y sin recurso, lo que significa que se carece de acción contra quien entregó la letra y los firmantes anteriores, incluido el librador, ya que de lo contrario el banco encargado de la negociación (o el emisor, cuando el solicitante es el librado) que no consiguiese recuperar su pago del emisor (o del

---

(237) Puede en dos circunstancias muy concretas suspender el cumplimiento, pero sin que ello implique que en un momento posterior deba proceder al cumplimiento o, en su caso, a la notificación del incumplimiento. Vid. artículos 6.09 y 6.13 ISP.

(238) El pago a la vista (contra entrega de los documentos) no significa evidentemente que el banco pague inmediatamente se le presenten los documentos sino tras su examen (véase Comentario Oficial al art. 2.01 ISP, núm. 4, p. 64).

(239) Vid. de forma similar artículo 9 RUU, art. 2.3 CNUGICCC, y sección 5-102(8) UCC.

solicitante) podría acudir contra el beneficiario bajo la aplicación de las normas relativas a los títulos valores (acción de regreso, art. 50 LCCH) [240].

— El emisor cumple pagando al beneficiario designado en el crédito o, en su caso, a su sucesor por ministerio de la Ley. No obstante es posible que se haya transferido o cedido el crédito en cuyo caso el emisor cumple pagando a esas personas (art. 4.13 ISP).

— El emisor cumple pagando con fondos inmediatamente disponibles en la divisa indicada en el crédito. No obstante, el crédito puede disponer otras formas distintas de pago, como que se realice en una unidad de cuenta determinada, o mediante la entrega de otros artículos de valor, en cuyo caso habrá de realizarse en la forma descrita en el crédito [art. 2.01.e) ISP] [241].

— En cualquier caso, el emisor ha de cumplir su promesa en plazo, esto es, si paga a la vista, acepta un instrumento de giro o se compromete a una obligación de pago diferido en el plazo permitido para examinar la presentación y notificar el incumplimiento [art. 2.01.c) ISP]. El plazo que tiene el emisor para realizar el pago se deduce del establecido para notificar el incumplimiento cuando los documentos presentados no conforman las condiciones del crédito. De acuerdo con el art. 5.01.a) ISP, el emisor ha de notificar el incumplimiento en un plazo razonable tras la presentación. Dicho plazo se concreta entre los tres y los siete días laborables. Por tanto, el banco tiene dicho plazo para examinar los documentos, para pagar o, en su caso, para notificar el incumplimiento.

— Cuando la obligación de pago recae en el banco confirmador, el confirmante se obliga en idénticos términos a los examinados en relación con el emisor. No se ha de olvidar que el confirmante añade a la promesa del emisor su promesa de cumplimiento del crédito contingente; por eso, si uno de ellos indebidamente incumple, el otro tiene la obligación de cumplir. Este es el signi-

---

(240) Esta regla de negociación sin recurso aparece asimismo en el artículo 9(a)(iv) RUU, y en la sección 5-108(i)(3) UCC. Por otra parte, la regla es lógica a la vista del funcionamiento de la carta de crédito *standby*, donde el emisor, una vez concluido el período de examen, no puede alegar las discrepancias en el crédito (WUNNICKE y TURNER, §3.18, pp. 3-18 a 3-21. PORFIRIO CARPIO y LÓPEZ ORTEGA, p. 41, comentando el artículo citado de las RUU llegan a la conclusión de que el descuento opera siempre bajo la cláusula "salvo buen fin", por lo que el beneficiario debe responder frente al banco si, llegado el vencimiento, el comprador-aceptante no atiende al pago de la letra. HERNÁNDEZ MARTI, p. 3315, señala que, en el ámbito del crédito documentario, la negociación sin recurso descansa en una relación extracambiaria, y que la letra debería negociarse con cláusula "no a la orden", a fin de que después de la negociación no pudiera existir tráfico cambiario sino, en todo caso, cesión de derechos.

(241) Vid. de forma similar: art. 2.3 CNUGICCC.

ficado de la regla asentada en el artículo 2.01.d) (ii) y (iii): cuando en la confirmación se permite la presentación al emisor (confirmante), el confirmante (emisor) también se compromete a cumplir si el emisor (confirmante) incumple indebidamente, actuando como si la presentación se hubiera realizado al confirmante (emisor).

— No existe obligación alguna para el emisor de comunicar al solicitante que va a cumplir con la presentación realizada. No obstante, es posible que sí lo haga, y en este caso las Reglas prevén el supuesto de que el emisor envíe al solicitante los documentos presentados, indicando, además, que va a cumplir con la presentación conforme. En este caso, el art. 5.09.a) ISP establece que, si el solicitante no está de acuerdo con el cumplimiento, podrá objetar en plazo enviando por un sistema rápido una notificación en la que se indiquen las discrepancias. Se entiende que objeta en plazo si el envío se produce en un plazo razonable con posterioridad a la recepción de los documentos por parte del solicitante, por tanto, implícitamente haciendo un llamamiento a la regla del art. 5.01 ISP, que servirá de guía (242). Por otra parte, el apartado c) de dicho precepto establece una regla muy favorable para el banco y muy estricta para el solicitante. Se trata de la aplicación de la *preclusion rule* al solicitante.

Efectivamente, si el solicitante no notifica en plazo la objeción por un sistema rápido, perderá la posibilidad de alegar ante el emisor cualquier discrepancia en los documentos recibidos. La regla, aunque suavizada por el principio de la independencia, ya que no se excluye la posibilidad de alegar las objeciones en otras presentaciones distintas al amparo del mismo crédito contingente u otro diferente, es sumamente rígida porque viene a equiparar al solicitante con el emisor en cuanto a la diligencia a emplear. Es decir, presupone que el solicitante ha de actuar con el mismo cuidado que un razonable banquero, más aún, como un razonable banquero que habitualmente trata con créditos contingentes, lo que sin duda resulta excesivo cuando el solicitante no es un banco (243).

(242) Así se expresa el Comentario Oficial al art. 5.09 ISP, núm. 3, pp. 227-228.

(243) Se critica asimismo por otros motivos, a saber que se acoge una oscura línea jurisprudencial y el desprecio a la interpretación conforme a la cual entre el emisor y el beneficiario, el primero no puede bajo el UCC abdicar de su responsabilidad mediante el envío de los documentos al solicitante para su examen, salvo en los casos en que el emisor sea quien paga al beneficiario y ello siempre que así se hubiese acordado entre las partes (lo que sucedería en el caso de la incorporación de las ISP) o así deriva de los usos: DOLAN, "Analyzing", pp. 1897-1899, recomendando que se advierta a los solicitantes acerca de dicha disposición expresamente: *"NOTICE: Under ISP 98 Rule 5.09(a) you have only a reasonable time to examine these documents for defects and will be precluded from claiming that any of these documents are defective unless you examine them and notify us of any defect(s) promptly"*.

X. NOTIFICACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO: RECHAZO DE LA PRESENTACIÓN

Si tras el examen de los documentos el emisor entiende que la reclamación no conforma los términos del crédito contingente, habrá de notificar dicho incumplimiento al beneficiario. La notificación es importantísima por varios motivos.

En primer lugar, es importante de cara a que el beneficiario subsane el incumplimiento si todavía está vigente el crédito. La posibilidad de una segunda presentación se deduce del artículo 3.07 (a) ISP relativo a la independencia de las presentaciones, ya que, de acuerdo con él, la presentación no conforme no exime del derecho (ni lo perjudica en ningún otro modo) a realizar otra presentación en plazo (244) aun cuando en el crédito se prohíban las disposiciones múltiples.

En segundo término, la notificación es crucial en aquellos casos en que el presentador decide bien solicitar al emisor que recabe la renuncia del solicitante (245) a la no conformidad, bien que los documentos presentados se envíen al emisor, lo que en este último caso ha de entenderse en relación con aquellas hipótesis en que existe un intermediario-confirmador y, además, que dicha presentación continúa sujeta a las Reglas (a menos que el presentador admita expresamente su exclusión) (246), por lo que el emisor habrá de examinar la presentación, y, en su caso, comunicar la falta de conformidad.

---

(244) Se ha de apreciar que el precepto cualifica a la segunda presentación con las palabras "en plazo", por lo tanto, inequívocamente para las reglas se rechaza la posibilidad, planteada y admitida por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El contrato autónomo de garantía", p. 358, de que el beneficiario pueda presentar por segunda vez los documentos fuera de plazo siempre que, de los documentos que el beneficiario ya hubiere presentado, se pudiera deducir la existencia del supuesto garantizado.

(245) En relación con el crédito documentario, se señala que pueden arbitrarse algunas vías para evitar el perjuicio absoluto del beneficiario: el banco puede pagar bajo reserva, ofrecer al beneficiario sus servicios en comisión de cobranza (remesa documentaria) o aceptar los documentos en descuento (MARIMÓN DURÁ, Análisis funcional, pp. 342-343; ALONSO UREBA, El crédito documentario, pp. 1116-1117; CARRASCOSA, p. 782, y William HEDLEY, *Bills of Exchange and Bankers'documentary credits,* Londres, Llp, 1997, 3.ª ed., p. 316). Vid. no obstante: HERNÁNDEZ MARTI, p. 3312, señalando que no es admisible una conducta distinta al rechazo de los documentos, por ejemplo, remitirlos al ordenante del crédito como remesa documentaria, ya que ello nos situaría en un tipo de relaciones que nada tienen que ver con los créditos documentarios.

(246) El Comentario Oficial al art. 5.06, núm. 3, p. 219, señala que frases comúnmente usadas como envío de los documentos para su aprobación o para su procesamiento no constituyen un consentimiento expreso para excluir a la presentación de las reglas de las ISP.

Esa petición del presentador no obliga a su destinatario a menos que acepte el envío de los documentos o que recabe la renuncia del solicitante. En el caso de que se acepte cualesquiera de las dos, el presentador no puede oponerse a las discrepancias que le notifique el emisor [247], y, además, el emisor no está obligado a levantar la discrepancia, incluso aun cuando lo haga el solicitante [248]. Por último, el emisor debe conservar los documentos hasta que reciba una respuesta del solicitante o hasta que el presentador le requiera que devuelva los documentos, y si el emisor no recibe la respuesta o el requerimiento en el plazo de diez días laborables tras haber notificado el incumplimiento, puede devolver los documentos al presentador (art. 5.06 ISP).

Por último, es posible que el emisor, a su exclusiva discreción, pida al solicitante que renuncie a la no conformidad o que autorice al cumplimiento en el plazo disponible para notificar el incumplimiento pero sin prorrogarlo. En todo caso, la obtención de la renuncia del solicitante no obliga al emisor a renunciar a la falta de conformidad (art. 5.05 ISP).

A continuación examinaremos cómo se desenvuelve la obligación del emisor de notificar el incumplimiento:

— Persona a la que se ha de realizar la notificación. En principio, la notificación se habrá de realizar a quien presentó los documentos, esto es, al beneficiario generalmente, aunque puede haber sido otra persona designada, salvo que el presentador lo requiera de otro modo [art. 5.01.c) ISP].

— Forma y medio de efectuar la notificación. Si existen sistemas de telecomunicación, se habrá de notificar el incumplimiento por dichos medios. En caso contrario, se deberá utilizar cualquier otro sistema disponible que permita una rápida notificación. Existe la presunción de que si la notificación del incumplimiento se recibe en el plazo permitido para notificarla se considera efectuada mediante un sistema rápido. Nótese que no se establece que la notificación haya de ser por escrito, si bien debe descartarse la posible notificación verbal, ya que el propio emisor será el primer interesado en poder demostrar el cumplimiento de su obligación de notificar el incumplimiento [art. 5.01.b)].

— Contenido de la notificación. En la notificación se han de especificar todas las discrepancias en que se fundamenta el incumplimiento (art. 5.02). No se pronuncia el precepto acerca del grado de detalle al comunicar las discrepancias, aunque el Comentario Oficial proporciona determinados parámetros bas-

---

(247) Artículo 5.06.c) i)ISP, que ha sido muy criticado por WUNNICKE y TURNER, §6.06[H], pp. 6-37 a 6-40; así como por DOLAN, "Analyzing", pp. 1896-1897.

(248) Lo mismo sucede en el crédito documentario: Opinión Oficial de la CCI R254.

tante útiles [249]: la notificación será realizada por el personal de operaciones, y no por abogados, por lo que no habrá de ser excesivamente detallada; se recomienda indicar el precepto de las ISP incumplido, aunque no es necesario; y, por último, se reconoce que en la práctica suelen utilizarse frases cortas para comunicar la naturaleza de la discrepancia, y así se consideran adecuadas las siguientes: "reclamación no firmada", "discrepancia 4.17(b) ISP" y "crédito fuera de plazo".

Dependiendo de las instrucciones que haya dado el presentador, los documentos del incumplimiento habrán de ser devueltos, conservados o dispuestos (art. 5.07 ISP).

— Plazo para notificar. Como ya se señaló anteriormente, las Reglas establecen un único período de tiempo para que el banco examine, pague o notifique el incumplimiento. El plazo se rige por el criterio de la razonabilidad, si bien concretado entre los tres y los siete días laborables siguientes a la presentación de los documentos, y sin que la razonabilidad de dicho plazo dependa de ninguna fecha límite inminente para la presentación. Este plazo comienza el día laborable siguiente al día laborable de presentación, y puede ser acortado mediante disposición expresa en el crédito [art. 5.01.a) ISP] [250].

— En relación con el contenido de la notificación y del plazo, se establece que la falta de notificación de una discrepancia en una notificación de incumplimiento en el plazo excluye la posibilidad de indicar dicha discrepancia en cualquiera de los documentos retenidos o presentados de nuevo que contengan dicha discrepancia, pero no excluye la posibilidad de indicarla en cualquier presentación diferente al amparo del mismo crédito contingente o uno separado [art. 5.03(a) ISP].

Se trata de la conocida como *preclusion rule* de la sección 5-108(c) UCC, y del artículo 14.e) RUU [251]. De acuerdo con dicha regla no se permite al emisor alegar incumplimientos basados en la discrepancia entre los documentos

---

(249) Vid. Comentario Oficial al art. 5.02 ISP, núm. 3, p. 208.

(250) También prorroga la fecha de vencimiento al día laborable siguiente el art. 12.a) CNUGICCC.

El art. 10 URDG indica que el garante ha de comunicar inmediatamente al beneficiario el rehúse del requerimiento. Lo ha de hacer por medios de teletransmisión y si esto no es posible por otros medios expeditivos.

(251) Entienden Entienden WUNNICKE y TURNER, §6.06[A], pp. 6-30 y ss., que dichas reglas son "la joya de la corona" y que mejoran sustancialmente los arts. 13 y 14 RUU.

En las URDG, el garante no ha de informar en su notificación de rechazo de la demanda de pago acerca de los motivos que le han llevado a tomar esta decisión. Comentando precisamente el art. 10.b) URDG, el profesor GOODE, "Guide to", p. 71, señala que se deja al derecho

y los términos del crédito cuando la notificación del incumplimiento no se produce en el plazo establecido o si, aun produciéndose en plazo, dicha discrepancia no consta en la notificación; a ellas hay que añadir, específicamente en el marco de las RUU, la falta de notificación en relación con el destino de los documentos, es decir, si están a disposición del presentador o si omite su devolución.

La *preclusion rule,* que funciona, pues, como una aceptación tácita, no se extiende, acertadamente, a otras presentaciones, lo que impide aplicar en esta circunstancia la doctrina del *estoppel* o *venire contra factum propium* (252). Por lo que atañe, para finalizar, a la disposición de los documentos, si bien bajo las RUU se aplica la *preclusion rule*, no sucede así ni bajo el UCC [sección 5-108(h)], ni bajo las ISP (art. 5.07 ISP). En este particular, las ISP expresamente rechazan dicha posibilidad al señalar que la falta de instrucciones sobre la disposición de los documentos en la notificación de incumplimiento no impide que el emisor recurra a cualquier recurso jurídico (253).

XI. TRANSFERENCIA Y CESIÓN

La Regla 6 se ocupa de determinados supuestos en que el beneficiario es sustituido en sus derechos total o parcialmente por otra persona, ya sea aquellas

---

aplicable la determinación de si el rechazo por un determinado motivo impide que el garante pueda invocar otra razón cuando se realiza otra presentación (ha de entenderse como segunda presentación si la garantía todavía está vigente). Por contra, sí se han de indicar los motivos de la decisión de no pagar bajo el art. 16.2 CNUGICCC, aunque no se indica si se aplica la *preclusion rule*. BERTRAMS, p. 245, opina que pese a que las URDG y las CNUGICCC no acogen expresamente la *preclusion rule*, la misma se aplica, tal y como se ha reconocido por la jurisprudencia alemana.

(252) Precisamente para evitar la aplicación de dicha doctrina es por lo que se introdujo la *preclusion rule* en la sección 5-108 UCC, véase el Comentario Oficial, núm. 3, que significa un cambio en la jurisprudencia anterior a 1995. Nótese, además, que el comentario señala que se acogió esta regla de una disposición similar de los RUU.

Por su parte, el Comentario Oficial a la sección 5.03 ISP, núm. 2, p. 210, también llega implícitamente a la misma conclusión.

(253) Por su parte el art. 10 URDG sólo señala que los documentos presentados estarán a disposición del beneficiario. El Comentario Oficial al art. 5.07 ISP, núm. 1, p. 222, indica que se acoge el enfoque original del art. 10 RUU 74 (versión de 1933), y ello porque los documentos de un crédito contingente no son inherentemente valiosos y son considerados propiedad del presentador en el caso de una presentación no conforme. Análogamente: BYRNE, ISP 98 & UCP 500, p. 144.

El caso *Bayerische Vereinsbank Aktiengesellschaft v. National Bank of Pakistan,* [1997] 1 Lloyd's Rep. 59, citado por OELOFSE, pp. 330-331, es un buen ejemplo de la aplicación de la *preclusion rule* en las RUU en relación con la disposición de los documentos. En este caso, el emisor no cumplió con el art. 14.d) RUU, en lo que ahora nos interesa, al devolver únicamente un juego de documentos sin indicar el destino del otro juego.

circunstancias en que se transfieren en su totalidad los derechos de disposición por acuerdo entre el cedente y el cesionario (254) o por ministerio de la Ley, ya cuando se cede únicamente el derecho de cobro del crédito (cesión de la suma a cobrar). Las Reglas pretenden no sólo disciplinar las circunstancias en que dicha transferencia o cesión podrá llevarse a cabo, sino además se quiere reconocer la eficacia jurídica plena de los actos de disposición que se lleven a efecto de conformidad con las reglas de las ISP (255). En este sentido, se trasluce un principio de inmodificabilidad en la posición jurídica asumida tanto por el tercero que entra en la relación jurídica, como por las personas que se relacionan con él (256).

Las reglas señalan que determinados términos no gozan de un único significado aceptado y no deben tenerse en cuenta. Se trata de los términos: divisible, fraccionable, indivisible y transmisible [art. 1.10.c) ISP, y también art. 48.b) RUU, que expresamente indica que no determinan que el crédito sea transferible]. Excepcionalmente se tendrán en cuenta si el contexto les propor-

(254) Entre nosotros se ha ocupado de la transferencia del crédito documentario de forma extensa Carlos FERNÁNDEZ-NOVOA RODRÍGUEZ, "Créditos documentarios transferibles y subsidiarios", RDM, 1960, núm. 75, pp. 67 y ss. En particular, distingue la transferencia de otras figuras afines (pp. 73-81) y se ocupa de la naturaleza jurídica de la institución (pp. 81-94), donde sostiene que en la transmisión existe una novación parcial de la obligación originaria que en parte es sustituida por la obligación asumida por el Banco al ser transferido el crédito documentario al segundo beneficiario. También se ha ocupado de la naturaleza jurídica de la transferencia ALONSO UREBA, "En torno al crédito documentario", p. 480, quien discrepa del anterior y sostiene que la primera carta de crédito subsiste y que la utilización en plazo de la segunda juega como condición resolutoria parcial de la primera; asimismo mantiene la imposibilidad de realizar una construcción jurídica unitaria.

Una comparación entre las reglas de las ISP, UCP y el UCC, puede verse en: Carter H. KLEIN, "Transfers and Assignment of Proceeds of Letters of Credit", *2001 Annual Survey of Letter of Credit Law & Practice.* Editors: James E. Byrne y Christopher S. Byrnes. Institute of International Banking Law & Practice, Inc., 2001, pp. 92-116.

(255) Por lo tanto, el emisor no habrá de reconocer cesiones que se lleven a término siguiendo las reglas generales mercantiles, pero que no cumplan las condiciones de las reglas. Vid. así, Comentario Oficial al art. 6.02 ISP, núm. 11, pp. 234-235.

(256) Vid. por ejemplo los artículos 6.04, 6.05, 6.10 y 6.14 ISP.

En relación con el art. 6.04 ISP se ha de resaltar que difiere del art. 48 RUU en que permite la sustitución del nombre del beneficiario en cualesquiera documentos del crédito contingente sin necesidad de modificación del mismo (Comentario Oficial a la sección 6.04 ISP, núm. 1, p. 241).

En relación con el art. 6.05 ISP, el Comentario Oficial, núm. 2, p. 243, señala que el riesgo de la transferencia es soportado por el solicitante cuando la reclamación se ha realizado por una persona con aparente autoridad para actuar, pero no en otro caso.

ciona alguno de los siguientes significados: cedible (*assignable*), perpetuo (*evergreen*), restituible (*reinstate*) y rotativo (*revolving*) [257].

1. Transferencia de los derechos de disposición

Para que el beneficiario pueda transferir los derechos de disposición sobre el crédito contingente es necesario que se cumplan determinadas condiciones:

— El crédito ha de indicar expresamente que es transferible [258]. En este caso, si no se especifica nada más en el crédito contingente [259], éste podrá

---

[257] En relación con las cláusulas *evergreen* ya se ha explicado su significado. El término restituible describe una situación en la que la cantidad disponible en el crédito contingente se restituye: comienza de nuevo. Como indica el Comentario Oficial al art. 1.10 ISP, núm. 17, p. 54, cuando se utiliza este término en un contexto en el que se indica la cantidad, el ciclo de renovación y otros elementos, se ha de dar eficacia al mismo. En cuanto al término rotativo, se refiere a un crédito contingente cuya cantidad y período de disponibilidad es rotativo, ya que el crédito especificará una cantidad máxima disponible que podrá ser reclamada durante un determinado período de tiempo, y generalmente, si no se usa en ese particular período, la cantidad se acumula para el siguiente, salvo que se prohíba la acumulación. Vid. el Comentario Oficial al art. 1.10 ISP, núm. 18, p. 55; y una clara exposición en: GARRIGUES, *Contratos bancarios,* p. 600.

[258] Igualmente artículo 9.1 CNUGICCC, art. 4 URDG, y sección 5-112(a) UCC, que, además, indica que aun en los casos en que el crédito documentario permita la transferencia, el emisor podría negarse a reconocerla si viola el derecho aplicable o si el cedente o el cesionario han incumplido con las condiciones estipuladas en el propio crédito para que la transferencia pudiese efectuarse, o con cualquier otro requisito que, impuesto por el emisor, sea conforme con la práctica estándar o razonable de acuerdo con las circunstancias del caso.

Esta sección del UCC se intitula *Transfer of the letter of credit*, lo que parece más apropiado que el título en la versión de las ISP (*Transfer of Drawing rights*-transferencia de los derechos de disposición). En este sentido, resulta también más apropiada la denominación en el seno de las RUU (artículo 48, intitulado *transferable credit*-crédito transferible). Por su parte, el art. 9 CNUGICCC escoge el término transferencia del derecho del beneficiario a reclamar el pago (*transfer of beneficiary's right to demand payment*).

[259] No parece contemplar dicha posibilidad el art. 9.1 CNUGICCC, al señalar que, únicamente, puede transferirse el crédito en la medida y en la forma en que la promesa lo haya autorizado. La única disposición que parece puede contemplar la voluntad de las partes es la del párrafo 2.º del mismo precepto, al indicar que cuando una promesa haya sido designada como transferible sin que se especifique si se requiere o no para su transferencia efectiva el consentimiento del garante/emisor o de otra persona autorizada, ni el garante/emisor ni dicha persona estarán obligados a efectuar la transferencia, sino en la medida y en la forma en que la hayan expresamente consentido.

transferirse en su totalidad más de una vez [260], pero no podrá ser transferido parcialmente (art. 6.02 ISP) [261].

— El beneficiario ha de contar con la aprobación del emisor (incluido el confirmante) o de la persona designada en el crédito contingente [art. 6.02.b) ISP; por contra: art. 347 Cco]. Ello es lógico porque el emisor podría tener razones para no consentir dicha transferencia, por ejemplo, porque perdería la posibilidad de compensar frente al beneficiario alguna suma debida o porque ello supone incrementar el riesgo de la operación si el cesionario es totalmente desconocido para el emisor [262].

— El emisor o la persona designada no tienen la obligación de efectuar la transferencia [263].

Evidentemente con estos requisitos, el emisor se asegura que la transferencia no es errónea o fraudulenta, a la vez que se cuidan los riesgos operacionales [264].

2. Cesión de la suma a cobrar

Al igual que en el supuesto anterior, el beneficiario ha de solicitar al emisor o a la persona designada que reconozca y efectúe el cambio en la persona

---

(260) Por contra, el art. 48.g) RUU indica que sólo puede transferirse una vez, salvo disposición contraria en el crédito. La razón por la que las ISP se apartan en este punto de las RUU se debe a que normalmente no existe la necesidad de múltiples transferencias en un crédito documentario, pero sí bajo la práctica del crédito contingente. En este punto, el comentario hace un expreso llamamiento a las *standby* financieras donde el beneficiario será el *identure trustee*, término de difícil traducción en este punto, aunque puede decirse que es quien representa a los tenedores de bonos u otras obligaciones en dicho *standby*, que puede ser reemplazado numerosas veces a lo largo de la vida del crédito contingente. Vid. al efecto KOZOLCHYK, "The Financial Standby", p. 334.

(261) Algo contrario se deriva tanto del art. 48.g) RUU, como del Comentario Oficial a la sección 5-107 UCC, núm. 2, que admite la transferencia parcial, señalando, además, que en este caso tanto el beneficiario como el cesionario tienen un interés en la ejecución del crédito y, por tanto, ambos deben consentir las modificaciones que afecten al crédito documentario. La razón para apartarse de dichos preceptos reside en que en la práctica del crédito contingente se evidencia que las transferencias parciales raramente se utilizan (Comentario Oficial al art. 6.02 ISP, núm. 6, p. 233).

(262) Estas dos razones se alegan por Burton V. McCULLOUGH, *Letters of credit. 1995 Uniform Commercial Code: Revised Article 5, with Analysis and Commentary,* Nueva York, Matthew Bender, 1996, p. 71.

(263) Artículo 6.03 ISP salvo las excepciones que se enumeran.

(264) Vid. Comentario Oficial al art. 6.03 ISP, núm. 4 a 7, pp. 237-238.

del beneficiario, si bien únicamente por lo que atañe a la cesión de la suma a cobrar bajo el crédito contingente [265]. El emisor no está obligado a reconocer o a efectuar la cesión; incluso, puede condicionar el reconocimiento a determinados requisitos como la presentación del crédito original para su examen o anotación, la verificación de la firma de la persona que firma por el beneficiario, etc. [266]. En todo caso, el art. 6.06 ISP hace un llamamiento expreso a la ley aplicable en este caso, llamamiento que no se produce, sin embargo, en la hipótesis de transferencia de los derechos de disposición. No obstante, puede llegarse a la conclusión de que ambos supuestos se someten a la Ley aplicable, particularmente porque así se reconoce en el Comentario Oficial y porque estas operaciones afectan a los derechos de terceras personas [267].

La CNUGICCC establece, sin embargo, otras reglas para regular la cesión del derecho al cobro. Se parte de que la regla general es la de la libre cesión, que puede ser impedida, únicamente, si el emisor y el beneficiario han acordado en la promesa o en otra parte [268] lo contrario. En este caso, el garante ha de recibir una notificación del beneficiario comunicando la cesión irrevocable para que el garante se encuentre vinculado por la notificación. Si ello es así, el pago del emisor al cesionario le liberará de su obligación derivada de la promesa.

Volviendo a las ISP, en el caso de que el emisor o la persona designada reconozca la cesión, se aplican las siguientes reglas:

— el cesionario únicamente ostenta el derecho de cobrar la suma cedida, pudiendo quedar afectado dicho derecho por una modificación o cancelación [269].

---

[265] La expresión cesión de la suma a cobrar es más apropiada que la utilizada en el artículo 49 RUU (cesión del producto del crédito) y en el artículo 10 CNUGICCC (cesión del derecho al cobro). No obstante, ha de señalarse, de nuevo, la discordancia entre los diversos textos y sus traducciones, y ello porque la versión en inglés del artículo 49 RUU, del art. 6.06 ISP y del artículo 10 CNUGICCC se intitulan de la misma manera como *Assignment of proceeds*, si bien las diferentes versiones en castellano traducen el término de tres diferentes maneras, lo que además es inconsistente con el propósito de los traductores, esto es, adoptar la terminología de la CNUGICCC.

La sección 5-114 UCC permite la cesión de la suma a cobrar de forma muy similar a las ISP.

El art. 4 URDG sí parece permitir este tipo de cesión.

[266] Dichas condiciones aparecen en el art. 6.08 ISP, y se trata de una lista no exhaustiva como se deriva del último apartado (f).

[267] Vid. Comentario Oficial al art. 6.01 ISP, núm. 5, p. 230.

[268] Este llamamiento a la relación subyacente o a otro tipo de acuerdo entre las partes no parece adecuada en una promesa independiente.

[269] Idéntica consecuencia se extrae del Comentario Oficial a la sección 5-107 UCC, núm. 2.

— la cesión de la suma a cobrar puede ser por su totalidad o sólo una parte [art. 6.06 ISP, en claro contraste con el art. 6.02(b)(ii) ISP.]

— los derechos del cesionario están sujetos a que se cumplan determinadas condiciones que se expresan en el art. 6.07(b)ii) ISP.

3. Transferencia por ministerio de la Ley

La transferencia por ministerio de la Ley se produce en aquellos casos en que una persona ha sido legalmente designada como sucesor de los intereses del beneficiario (por ejemplo, un heredero, representante legal, liquidador, fiduciario, depositario, sociedad sucesora o persona similar) y presenta documentos en su propio nombre como si fuese el beneficiario de la transferencia (art. 6.11 ISP).

Para que se reconozca la transferencia por ministerio de la Ley por parte del emisor, será necesario (art. 6.12 ISP) que el sucesor reclamante presente algún tipo de documentos o documentos que aparentemente emitidos por un funcionario o un representante público (incluyendo los funcionarios judiciales) indiquen [270]:

a) que el sucesor reclamante es el resultante de una fusión, una consolidación o una acción similar de una empresa, una sociedad de responsabilidad limitada u otra organización similar [271],

---

[270] Precisamente, el Comentario Oficial a la sección 5-113 UCC, que se ocupa de la transferencia por ministerio de la Ley, señala la presentación de dichos documentos para el reconocimiento de la sucesión.

[271] El texto en inglés indica lo siguiente: *"that the claimed successor is the survivor of a merger, consolidation, or similar action of a corporation, limited liability company, or other similar organization"*. La traducción de esta regla está sometida a varias críticas:

— Se utiliza el término consolidación, que resulta de una traducción literal del término *consolidation*. No obstante, la expresión en castellano no tiene sentido jurídico. No existe ninguna institución que responda a ese nombre. En realidad, los términos *merger* y *consolidation* en el derecho estadounidense corresponden respectivamente a los casos de fusión por absorción y fusión por creación de nueva sociedad. Por tanto, hubiese sido suficiente con haber empleado únicamente la palabra fusión.

— Se utilizan los términos empresa y sociedad de responsabilidad limitada, que se suponen una traducción de los términos *corporation* y *limited liability company.* Pues bien, como es bien sabido, la empresa no es sujeto de derecho, sino objeto (Joaquín GARRIGUES, "La empresa desde el punto de vista jurídico", *Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Escritos, lecciones y conferencias,* Madrid, Tecnos, 1971, pp. 278-279). Quien es titular de la empresa es la sociedad, persona jurídica. Por eso, las empresas no pueden fusionarse o ser sucesoras de una transferencia por ministerio de la ley, sino las sociedades, personas jurídicas. Por ello, la

b) que el sucesor reclamante está autorizado o ha sido nombrado para actuar por cuenta del beneficiario designado o su propiedad a causa de un proceso de insolvencia (272),

c) que el sucesor reclamante está autorizado o ha sido nombrado para actuar por cuenta del beneficiario designado a causa de su defunción o incapacidad, o

d) que el nombre del beneficiario designado se ha cambiado por el sucesor reclamante.

XII. LAS RECLAMACIONES ABUSIVAS O FRAUDULENTAS

Uno de los puntos cruciales en la dinámica de las garantías independientes, especialmente en las que se caracterizan por una presentación de un simple requerimiento de pago, es el de los abusos que pueden producirse, por ejemplo porque el beneficiario presenta su reclamación (abusiva) de pago basada en un incumplimiento cuando tal incumplimiento es ficticio o cuando un tercero falsifica la firma del beneficiario o bien se falsifican los documentos exigidos en el crédito (reclamación fraudulenta). Precisamente, este problema fue lo que motivó que la CCI acometiera el trabajo de elaborar una normativa para las garantías a primera demanda (273). Por otra parte, el que se exijan más o menos documentos para reclamar la garantía es una cuestión que evidencia una situación de poder o, desde otra perspectiva, desequilibrio de poder entre las partes (274).

El tratamiento de las reclamaciones de pago fraudulentas o abusivas es probablemente uno de los aspectos cruciales, más sensibles, engorrosos y per-

---

traducción de *corporation* por empresa no es correcta. Pero es que además, la traducción del término *limited liability company*, si bien exacta traducción del término sociedad de responsabilidad limitada, no es asimismo acertada. La palabra *corporation* designa a las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, siendo la *limited liability company* estadounidense un tipo distinto de sociedad. Vid. M.ª del Pilar PERALES VISCASILLAS, *El derecho de separación del socio en las sociedades de capital (Un estudio de las causas legales en los ordenamientos español y estadounidense),* Colección Biblioteca de Derecho de los Negocios. Madrid, La Ley, 2001, pp. 35 y ss.

(272) El Comentario Oficial al art. 6.12, núm. 4, p. 262, señala que no se define lo que sea un procedimiento de insolvencia para dar entrada a varios supuestos que, además de la quiebra suponen que la administración se transfiere a otras personas debido a la incapacidad de la entidad de operar en el curso ordinario de los negocios.

(273) Vid. Preámbulo URDG.

(274) También ha sido destacado por numerosos autores, véase, por ejemplo, Herbert A. GETZ, "Enjoining the International Standby Letter of Credit: The Iranian Letter of Credit Cases", Harvard International Law Journal, 1980, vol. 21, pp. 189 y ss.

turbadores [275] en las garantías independientes, ya que la posibilidad de interponer la *exceptio doli*, basada en la mala fe o en el abuso del derecho (art. 7 CC), está en relación directa con el fundamento de la propia garantía como contrato independiente del negocio subyacente. Por eso, se exige que la reclamación sea *manifiestamente abusiva* [276]*, tanto en el fondo como en la forma* [277], para que se oponga dicha excepción, así como que exista una prueba líquida del abuso, esto es, una prueba evidente e irrefutable que demuestre el perfecto cumplimiento del ordenante [278]. El fraude, además de dar origen a complejas cuestiones relacionadas con las excepciones que se pueden interponer, provoca también serios problemas en otras esferas de las relaciones personales que derivan del crédito, como las que pueden producirse entre los bancos intervinientes en la operación [279].

---

(275) Estos dos términos son de la Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI a la CNUGICCC, §45. Vid. una dura crítica al tratamiento del fraude por la Convención, desde una perspectiva claramente doméstica: John F. DOLAN, "The UN Covention on International Independent Undertakings: Do States with Mature Letter of Credit Regimes Need It", Banking and Financial Law Review, 1998, núm. 13, pp. 1 y ss.

Los supuestos de fraude en la reclamación se vieron sometidos a una intensa litigiosidad provocada por los problemas políticos generados en Irán. Sobre este tema existe una abundante bibliografía, véase por ejemplo una descripción de las demandas que se generaron en GETZ, pp. 189-247; y Mark P. ZIMMETT, "Standby Letter of Credit in the Iran Litigation. Two Hundred Problems in Search of a Solution", Law and Policy International Business, 1984, núm. 16, pp. 927-962.

(276) Como dice el art. 19.1 CNUGICCC "de ser claro y manifiesto", o la sección 5-109 UCC "materially fraudulent".

(277) Vid. CAMACHO DE LOS RÍOS, *Interpretación de las cláusulas,* p. 413.

(278) Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El contrato autónomo de garantía", pp. 387-392; CAMACHO DE LOS RÍOS, *Interpretación de las cláusulas,* p. 414; RIVA, "Garantías independientes", p. 131; Luis F. CARRILLO POZO, "La tutela del ordenante frente a reclamaciones abusivas de las garantías bancarias internacionales", RDBB, octubre-diciembre 2000, núm. 80, pp. 49 y ss., desde una óptica internacional privatista; y Giovanna GIACCHERO, "L'Escussione abusiva della garanzia autonoma nel commercio internazionale", Diritto del Commercio Internazionale, 1994, 8.3-4, pp. 543 y ss., especialmente pp. 561-562, aplicando el principio de estricta conformidad para combatir las situaciones de fraude.

(279) Una buena muestra de ello es el reciente caso: *Banco Santander, SA v. Banque Paribas*, en primera instancia: [1999] 2 All E.R. (Comm) 18 (9 junio 1999), y en apelación: *Banco Santander, SA v. Paribas*, In the Supreme Court Judicature Court of Appeal (Civil Division) On Appeal from the High Court of Justice Queen's Bench Division (Commercial Court) Mr. Justice Langley, 25 de febrero de 2000 (Judgment by LJ Waller). El tribunal en primera instancia, decisión confirmada en apelación, entendió que el riesgo del fraude en un

Las ISP excluyen de su campo de aplicación las excepciones al cumplimiento basadas en el fraude, abuso o similares circunstancias [280], si bien tangencialmente a lo largo de este trabajo se ha evidenciado el impacto de dichas hipótesis sobre el articulado de las Reglas. La razón de la exclusión de esta importante materia se debe al diferente tratamiento de esta cuestión en los diversos ordenamientos jurídicos, aun cuando la mayor parte reconocen diversas excepciones al principio de independencia. Es en la diferente conceptuación, formulación y aplicación de dichas excepciones donde no existe consenso. En cualquier caso, es claro que bajo las ISP será la ley aplicable la destinada a regular esta cuestión.

---

crédito documentario sometido a las RUU lo soporta el banco confirmador (Banco Santander). Para entender esta decisión se ha de tener en cuenta que Paribas (banco emisor) solicitó del Banco Santander que pagase el importe del crédito (US 20, 135, 796.30) en la fecha de su madurez, esto es, el 27 de noviembre de 1998. Santander avisó el crédito al beneficiario el 8 de junio de 1998, donde además le ofrecía la posibilidad de descontar el importe del crédito. El 9 de junio de 1998, el beneficiario solicitó al Banco Santander que descontase el importe del crédito, presentando los documentos el 15 de junio de 1998 en las oficinas del Santander en Londres. El banco Santander examinó los documentos y entendió que eran aparentemente conformes con las condiciones del crédito. El 16 de junio de 1998, Santander pagó la cantidad (US 19, 667,238.84) al beneficiario, solicitándole que cediese todos sus derechos bajo el crédito documentario. El 24 de junio de 1998, Paribas, que recibió los documentos del banco Santander, le informó que los documentos presentados y aceptados por él eran fraudulentos. Pues bien, el tribunal entendió que Paribas prometió reembolsar al Santander el importe del crédito si pagaba el mismo en la fecha de su madurez, esto es, 27 de noviembre de 1997. Paribas no dio al banco Santander instrucción alguna relativa al descuento o al pago antes de la fecha indicada. Por ello, concluyó el tribunal, el fraude lo debe soportar el banco confirmador.

Un comentario del caso en primera instancia: Adam JOHNSON y Daniel AHARONI, "Fraud and Discounted Deferred Payment Documentary Credits: The Banco Santander Case", JIBL, 2000, núm. 1, pp. 22-25, de acuerdo con la decisión del Juez Langley. El caso en apelación está reproducido en: *2001 Annual Survey of Letter of Credit Law & Practice,* Editors: James E. BYRNE y Christopher S. BYRNES. Institute of International Banking Law & Practice, Inc., 2001, pp. 288-296. Vid. además recientemente: STS de 5 de junio de 2001 (LL, 25 de junio de 2001, núm. 5337, pp. 11-13), en relación con el pago realizado por el banco avisador-pagador contra la presentación de documentos claramente falsificados.

(280) Vid. por contra: artículos 19 y 20 CNUGICCC. Un excelente comentario al artículo 19 CNUCCIM: Rafael ILLESCAS ORTIZ, "Les garanties indépendantes, les lettres de crédit Stand-By et la bonne foi dans le commerce international: À propos de l'article 19 de la Convention de 1995". *Propos impertinents de droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda,* París, Dalloz, 2001. Por su parte el UCC (sección 5-109) también se ocupa de la cuestión de las reclamaciones abusivas o fraudulentas.

LA TRANSFORMACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS OPERADA EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

RAFAEL ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA

Departamento de Derecho Mercantil.
Universidad de Granada

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.
II. LAS CAJAS DE AHORROS BRITÁNICAS.
III. LAS CAJAS DE AHORROS FRANCESAS: SU TRANSFORMACIÓN EN BANCAS COOPERATIVAS.

1. Las *Caisses d'épargne et de prévoyance*.
2. Las *Sociétés locales d'épargne*.
3. La *Caisse national des caisses d'épargne et de prévoyance*.
4. La *Fédération nationale des caisses d'épargne et de prévoyance*.

IV. LAS CAJAS DE AHORROS ALEMANAS.
V. LA REFORMA DE LAS CAJAS DE AHORROS ITALIANAS EN SOCIEDADES DE CAPITAL.

1. Las Cajas de ahorros en el sistema bancario italiano.
2. La reforma del sistema bancario italiano.

A) La reforma administrativa del sistema bancario.
B) La reforma legislativa del sistema bancario: la Ley 218/1990 y el D.Lgs. 356/1990.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Las Cajas de ahorros puede decirse que representan hoy día un instituto de particular interés desde un doble punto de vista.

Cuando tratamos de las Cajas de ahorros, y como ocurre con las Cooperativas de crédito, el calificativo de "autonómico" con que el que se configura el Estado español adquiere especial significación. Nuestras Cajas de ahorros presentan la particularidad, frente a las entidades estrictamente bancarias, de ser entidades de crédito reguladas por las Comunidades Autónomas. La totalidad de las Comunidades Autónomas —a excepción de Ceuta y Melilla— ha asumido competencias "exclusivas" en materia de Cajas de ahorros, lo que ha dado lugar a un conjunto de disposiciones de carácter autonómico que regulan no sólo la organización sino también la actividad de las Cajas de ahorros. La calificación de "exclusiva" con la que se califican las competencias autonómicas sobre las Cajas de ahorros no impide, sin embargo, que el Estado también ostente competencias sobre ellas. Las competencias que en materia económica reconoce la CE al Estado constituyen una habilitación clara y suficiente para entrar en la regulación de las Cajas de ahorros, generándose una confrontación entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la hora de determinar hasta dónde llegan sus respectivas competencias en la regulación de estos sujetos. Esta confrontación ha tenido su manifestación en los numerosos recursos de inconstitucionalidad y conflictos positivos de competencia de que han sido objeto frente al Tribunal Constitucional la normativa estatal y autonómica reguladora de las Cajas de ahorros, siendo el último de ellos el Recurso de Inconstitucionalidad (1) presentado por el Gobierno de la Nación contra algunos preceptos de la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de ahorros de Andalucía (2).

---

(1) El Tribunal Constitucional, por providencia de 15 de febrero de 2000 (*BOE*, 25 febrero 2000, núm. 48 [p. 8291]), admitió a trámite el Recurso de inconstitucionalidad número 453/2000, promovido por el Presidente del Gobierno contra las letras b), c) y f) del apartado primero del artículo 44 y los apdos. 2.º y 3.º de la disposición adicional primera de la Ley del Parlamento de Andalucía 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorro de Andalucía. A los efectos del art. 161.2 CE (que concede a las impugnaciones planteadas por el Gobierno Central ante el Tribunal Constitucional el efecto de la suspensión de las disposiciones autonómicas recurridas, aunque el Tribunal deberá ratificar o levantar dicha suspensión en un plazo no superior a cinco meses), el Tribunal Constitucional dictó Auto 34/2000, de 13 de julio de 2000 (BOE 26-07-2000, núm. 178 [p. 26619]), por el que se levanta la suspensión del art. 44.1, b), e) y f) de la Ley 15/1999. Por otro lado el Auto mantiene la suspensión de la disposición adicional primera, números 2 y 3, de la Ley 15/1999, que disponen la aplicación, a las Cajas fundadas por la Iglesia Católica, de las normas sobre composición, competencias y funcionamiento, comunes a todas las Cajas de ahorros domiciliadas en Andalucía, por los graves perjuicios patrimoniales y corporativos que para la Iglesia Católica supondría su levantamiento, ante la pérdida de su posición relevante en la toma de decisiones.

(2) *BOE* 18-I-2000, núm. 15 [p. 2090] y *BOJA* 28-XII-1999, núm. 150 [p. 16646]. La LCAnd entró en vigor el pasado 29 de diciembre de 1999 (Disp. Final Tercera).

Pero el hecho de que las Cajas de ahorros puedan ser objeto de una regulación autonómica y estatal y los problemas que ello lleva consigo no es la única cuestión particular de estos institutos. Las Cajas de ahorros españolas además, por su origen, su estructura, sus fines y su actividad presentan una especial caracterización frente al resto de los intermediarios financieros. Esta especial caracterización de las Cajas de ahorros no es una nota que tan sólo esté presente en las Cajas de ahorros españolas, al contrario, es algo que comparten con sus homónimas extranjeras y ha llegado incluso a explicar que en algunos países fuesen sustraídas durante un largo periodo de tiempo a la aplicación de la normativa bancaria, gozando solamente de una normativa de naturaleza especial. De esta particular caracterización "común" a las Cajas de ahorros del ámbito europeo conviene recoger algunas referencias.

Como nota común a las Cajas de ahorros europeas, históricamente la iniciativa en la creación de las primeras entidades va a correr a cargo, fundamentalmente, bien de sujetos privados de clase acomodada, bien de grupos de religiosos. Esta iniciativa, tan solo en un momento posterior, se vería secundada por el sector "público" (Estado y Corporaciones regionales o locales) en el convencimiento de que la promoción del ahorro entre las clases más desfavorecidas entraba dentro de sus competencias. Poco tardarían sin embargo en cambiar las motivaciones por las que el Estado y otros entes públicos se iban a embarcar en la creación de Cajas de ahorros. La revolución industrial reclamaba nuevas fuentes de financiación y las Cajas de ahorros se dirigían a una clase social hasta entonces apartada de los tradicionales cauces de captación de recursos. En otros casos, la creación de las Cajas de ahorros respondía a la necesidad de financiación del sector público de tal forma que los fondos captados por ellas hacían posible tanto la financiación directa de los entes territoriales "propietarios" de las Cajas de ahorros, como la constitución, con carácter preceptivo, de una serie de depósitos en un órgano central que posteriormente suscribía títulos de la deuda pública o financiaba directamente un determinado sector [3]. Con todo, la finalidad con la que se venían a crear todas las Cajas de ahorros se identificaba formalmente con la promoción del ahorro entre las clases menos acomodadas y el desarrollo de una función social de apoyo a las clases más desfavorecidas, finalidad esta última que se acometía mediante la canalización a fines de beneficencia de las ganancias obtenidas por las Cajas de ahorros [4]. La finalidad declarada con la que nacen las Cajas de ahorros hace que se confi-

---

(3) Vid. *infra* la *Caisse des depots et consignations* en el sistema de las Cajas de ahorros francesas.

(4) Sobre los principios inspiradores de las Cajas de Ahorro en Europa vid. MARI, *Le Casse di Risparmio,* Roma, 1984, pp. 32 ss.

gurasen en sus estatutos, como ocurriera con la primera Caja de ahorros creada en 1778 (la *Ersparungskasse* de Hamburgo), como "institutos de asistencia" (5).

No menos importante, y en coherencia con la finalidad para la que se vienen a constituir, es la vocación "local" de la actividad que desarrollan las Cajas de ahorros. Desde este punto de vista, las Cajas de ahorros van a desarrollar su actividad con especial imbricación con el territorio de origen, prestando sus servicios allí donde incluso otros intermediarios tardarán en llegar y en lo que terminará por constituir la extensa red de sucursales que hoy día caracteriza a estos intermediarios. Pero las Cajas de ahorros no sólo manifestarán su carácter "local" desarrollando la actividad de promoción y captación del ahorro para el territorio que les vio nacer, sino que será precisamente con ese territorio con el que se comprometan especialmente a la hora de destinar los beneficios que derivan de aquella actividad, sirviendo a su vez para promocionarla. No es de extrañar por ello que hasta nuestros días se mantenga como un valor y una constante la vocación localista de las Cajas de ahorros, y que en sus respectivos estatutos el desarrollo de la comunidad territorial que les dio origen, y con cuyos fondos en parte se vienen a mantener, constituya su fin primordial.

Por otro lado, su consideración como verdaderas entidades de crédito tardaría en aflorar, no sólo porque sus fines de utilidad social inducían a calificarlas como verdaderos entes de asistencia y beneficencia, sino porque la función de captación del ahorro, al no venir vinculada a la función crediticia, llegó a provocar que no se asociase a las primeras Cajas de ahorros una naturaleza bancaria. A pesar de todo, la caracterización operativa de las Cajas de ahorros como verdaderas entidades de crédito varía de un país a otro, teniendo en cuenta que la creación de la primera banca comercial en Europa se ha llegado a fechar treinta años después de que se constituyese la primera Caja de ahorros (6). Así, en Italia, España y Portugal la naturaleza bancaria de las Cajas de ahorros tardó en desarrollarse porque el Estado no tenía especiales exigencias de financiación, con lo que estos institutos concentraron su actividad en la captación del ahorro y en la actividad de beneficencia con las ganancias obtenidas. En el Reino Unido, sin embargo, las Cajas de ahorros captaban el ahorro en el ámbito local, que luego confiaban a las grandes bancas comerciales a través de depósitos interbancarios. Y en otros países, como Noruega o Suecia, las Cajas de

(5) La finalidad que recogía dicha Caja de ahorros en sus estatutos era "para la utilidad de los trabajores de más humilde condición (...) para darles la oportunidad de ahorrar, depositando de forma segura las ganancias duramente ganadas, con algún interés" (vid. CLARICH, *Le Casse di risparmio. Verso un nuovo modello*, Il Mulino, Bolonia, 1984, p. 13).

(6) *Cfr.* REVELL, *The future of savings banks: a study of Spain and rest of Europe,* IEF —Research Monographs—, Banking and Finance, núm. 8.

ahorros han significado la primera forma de banca y han constituido durante largo tiempo el único tipo de banca presente en el país.

Con estos antecedentes es fácil destacar, como nota en común a todas las Cajas de ahorros, la "especialización" operativa que desde su origen les es propia, tanto con relación a las formas de captación de recursos y concesión de créditos que les son consentidas, como por el marcado carácter local de su actividad. Esta especialización operativa en algunos países trae su causa en la propia autonomía estatutaria de las Cajas de ahorros o al menos en su conformidad respecto a un Estatuto-Tipo; mientras que en otros, como es el caso del Reino Unido, Irlanda o Francia, la capacidad operativa de las Cajas de ahorros se impone externamente y de manera minuciosa.

Desde el punto de vista organizativo no menos peculiaridades plantean las Cajas de ahorros. Por lo que se refiere a su forma jurídica, las Cajas de ahorros adoptaron bien la forma de fundación, como es el ejemplo alemán, o de asociación con una asamblea de socios, como ocurre con las primeras Cajas de ahorros escocesas. El modelo alemán de Caja de ahorros (*offentlichen Rechtliche Anstalt*) se seguiría en Suiza y Austria, mientras que el modelo escocés se extendería a Francia, Países Bajos, Suecia, Finlandia y Noruega. En países como España o Italia se recibieron ambos modelos, con lo que se podían encontrar Cajas-fundaciones y Cajas-asociaciones.

La idoneidad de la forma jurídica que adoptaron las Cajas de ahorros para desempeñar una actividad económica de especial envergadura como es la financiera se empezó a cuestionar con la progresiva equiparación operativa de las Cajas de ahorros frente al resto de los intermediarios financieros. El debate que se abre a partir de ese momento se centrará en determinar si las Cajas de ahorros pueden afrontar con niveles óptimos de competitividad y eficacia la desespecialización y desintermediación de los nuevos mercados financieros, aún manteniendo los trazos fundamentales de su originaria estructura jurídica.

Esta problemática, presente en distintos países del entorno europeo, ha sido afrontada de formas diversas. Desde aquéllas más respetuosas con la forma jurídica originaria de las Cajas de ahorros, a través de instrumentos que les permitiesen fortalecer sus recursos propios o fomentando su redimensionamiento a través de una política de fusiones. Hasta aquellas que han supuesto la reforma estructural de las propias Cajas de ahorros, como es el caso de Italia, Gran Bretaña o Francia. Especialmente significativo es el caso italiano, donde a partir del fracaso de las medidas para favorecer el fortalecimiento de los fondos propios de las Cajas de ahorros, se abrió un proceso, todavía no concluido, por el que las Cajas de ahorros se han transformado en sociedades por acciones. Antes de centrarnos en este supuesto, sin embargo, debemos hacer alguna referencia a la transformación que han sufrido las Cajas de ahorros británicas y

francesas, así como el estado de la cuestión respecto de las Cajas de ahorros alemanas, las de mayor entidad cuantitativa en el sistema europeo.

II. LAS CAJAS DE AHORROS BRITÁNICAS

En Gran Bretaña, de la regulación que de las Cajas de ahorros recogía el *Trustee Savings Banks Act* de 1863, ya el Informe del *Committee to Review National Saving* para 1973 puso de manifiesto no sólo el anacronismo de la función atribuida a las Cajas de ahorros con relación a las nuevas posibilidades de canalización del ahorro y las distorsiones que provocaba la injerencia pública en su gestión, sino también la disparidad competencial existente entre los distintos operadores del sistema bancario por el tratamiento legislativo favorable que recibían las Cajas de ahorros. De hecho las Cajas de ahorros no sólo gozaban de beneficios fiscales, sino que los tipos de interés sobre sus depósitos (*savings accounts*) venían fijados y garantizados por el Gobierno, siendo significativamente más elevados que los ofrecidos por el resto de los intermediarios financieros. En contraprestación, las Cajas de ahorros podían destinar los fondos captados a la financiación del sector público aún bajo la vigilancia del *National Debt Office*, en un primer momento gestor de esos fondos (7).

Con estos antecedentes, las Cajas de ahorros acometieron su reestructuración consolidando un proceso de fusiones que ya se había iniciado a principios del s. XX, lo que determina una reducción considerable de su número (las 230 Cajas de ahorros que existían a principios del s. XX, se reducen a 75 en los inicios de la década de los setenta, para descender a 20 Cajas de ahorros en 1976), así como mediante la creación de una organización central con funciones de dirección y supervisión general sobre la categoría, el *Central Board.* A principios de la década de los setenta el *Committee to Review National Saving* ponía de manifiesto la necesidad de reforzar desde un punto de vista estructural y operativo la categoría mediante la creación de una organización central que en 1976 se concretaría en el *Central Board,* cuya creación había sido prevista en el *Trustee Savings Bank Act* de 1976, y con funciones de dirección y supervisión de la gestión de las Cajas de ahorros, así como de las operaciones de fusión de las mismas.

A mediados de los años ochenta las funciones del *Central Board* y las funciones operativas de cada una de las Cajas de ahorros pasarían a integrarse en una sola estructura operativa, el *Trustee Savings Bank Group* (TSB Group), que respondía a las exigencias de reforzar la base patrimonial de las Cajas de ahorros en el marco de un sistema bancario caracterizado por la presencia de un

(7) *Cfr.* "I sistemi di Casse di risparmio in alcuni paesi europei", *Le Casse di Risparmio tra localismo e despecializzazione*, dir. Locatelli, Giuffrè, Milán, 1998, pp. 108 y 109.

número reducido de operadores de grandes dimensiones. El TSB Group se constituyó en forma de *holding* titular del capital de las cuatro Cajas de ahorros que quedaron tras el proceso de fusión: la TSB England & Wales, la TSB Scotland, la TSB Northern Ireland y la TSB Channel Islands.

Las reformas no sólo afectaron a la estructura de las Cajas de ahorros. Desde un punto de vista operativo y tratando de paliar su especialización, el *Trustee Savings Bank Act* de 1976 autorizó a las Cajas de ahorros a desarrollar ciertas operaciones, que hasta entonces les estaban prohibidas, siendo el *Banking Act* de 1979 el que sancionara definitivamente la desespecialización operativa de las Cajas de ahorros. Pero, realmente, es con la creación del TSB Group cuando asistimos a un redimensionamiento de la posición del grupo en el mercado. A pesar de que ya desde su constitución el TSB Group opera en el área del *retail banking* nacional, por otro lado actividad tradicional de las Cajas de ahorros, poco tardará en tener una presencia significativa en el mercado de seguros, mediante la adquisición del grupo *Target* (8)*;* en el del *merchant banking* y en el *investment management,* con la adquisición del grupo *Hill Samuel*. Sin olvidar que también ha desarrollado, hasta convertirse en uno de los mayores operadores británicos del sector, la actividad de *asset management* (9). El desarrollo de la actividad internacional y el reforzamiento de la actividad en el *retail banking* sería posible con la fusión de la TSB Group y el grupo Lloyds, dando lugar en diciembre de 1995 al Lloyds TSB Group (10).

En tercer lugar, por lo que se refiere a la injerencia pública sobre las Cajas de ahorros, el *Trustee Savings Bank Act* de 1985 preveía la cesación del control del Ministerio del Tesoro y de los poderes públicos sobre las Cajas de ahorros eliminando la propiedad pública de las mismas. Esta operación se llevó a cabo mediante la transformación del TSB Group en una *public limited company* y su cotización en Bolsa, lo que hacía posible un incremento de sus recursos patrimoniales y su progresiva privatización.

---

(8) Si bien la banca británica era propicia a combinar la banca y los seguros la realidad parece haber puesto de manifiesto que la venta de seguros y productos relacionados a sus clientes no ha sido del todo rentable para la banca. De hecho, la *Lloyds TSB,* una de las pioneras en el mercado de seguros con *Abbey Life,* sólo los colocaba al 4% de sus clientes, a pesar de lo cual en 1999 adquirió *Scottish Widows*.

(9) Vid. DI BATTISTA, *La concorrenza nel retail banking in Gran Bretagna,* Il Mulino, Bolonia, 1992, pp. 247 ss. De todas formas este fenómeno parece haber sido una constante en la banca británica, de hecho el *National Westminster (Natwest)* en 1995 se hizo con la asesora empresarial *Gleacher* y en 1996 con la gestora de fondos *Gartmore,* mientras que su incursión en la banca de inversión se vio representada por la *BTAlex Brown* y la firma de finanzas empresariales *Hawpoint*.

(10) Sobre esta operación de fusión vid. LLOYDS TSB GROUP, *Annual Report and Account,* 1995 y 1996.

Finalmente, por lo que se refiere a las funciones sociales originarias de las Cajas de ahorros, fundamentalmente comprometidas con el desarrollo del territorio en el que operan, hay que destacar que no se abandonan con la desespecialización operativa, sino que se separan de las competencias operativas de las Cajas de ahorros encomendándolas a organismos externos al TSB Group. Con este propósito se crearon en 1986 cuatro TSB *charitable foundations,* a las que se les confía la actividad social originaria de las Cajas de ahorros en los territorios de Gales, Inglaterra, Escocia, Irlanda del Norte e Islas Anglonormandas, respectivamente. Las TSB Foundations estaban dotadas con una participación en el capital del TSB Group, con derecho de voto limitado y recibiendo, en lugar de dividendos, un porcentaje de la media de los beneficios brutos del grupo en los últimos tres años. Sin embargo, a mediados de los años noventa, la fusión del TSB Group con el grupo Lloyds, que también realizaba una importante labor en el sector del *non profit* a través de la Lloyds Bank Charitable Trust, dio lugar a la creación de las Lloyds TSB Foundations (Lloyds TSB Foundation for England and Wales; Lloyds TSB Foundation for Scotland; Lloyds TSB Foundation for Northern Ireland y Lloyds TSB Foundation for the Channel Islands). Las Lloyds TSB Foundations participan en el capital del grupo, y reciben igualmente un porcentaje de la media de los beneficios brutos. Las Fundaciones son legalmente independientes del grupo y su gestión se confía a un Consejo de administradores independiente. Las Lloyds TSB Foundations fomentan y acogen solicitudes de todos los sectores de la comunidad, siendo en todo caso dos los fines fundamentales a los que destinan sus fondos: cubrir las necesidades sociales de la comunidad, así como contribuir a su educación y formación.

III. LAS CAJAS DE AHORROS FRANCESAS: SU TRANSFORMACIÓN EN BANCAS COOPERATIVAS

Aunque la primera Caja de ahorros francesa, la *Caisse d'épargne de Paris*, se crea en mayo de 1818, no encontramos hasta 1835 la primera disposición normativa para la categoría, la cual definiría a las Cajas de ahorros como *etablissements privés d'utilitè publique*. Conforme a esta calificación, la ambigüedad de la naturaleza de las Cajas de ahorros se hizo evidente ya desde su origen, y es que no sólo no se les atribuía una forma privada o pública, sino que además no resultaba posible determinar claramente si perseguían un fin puramente económico o exclusivamente social [11]. A su vez, a nivel patrimonial las Cajas de ahorros adolecían de un capital social y contaban con un fondo acumulado fruto

(11) Sobre el origen y la evolución de las Cajas de ahorros en Francia vid. DUET, *Les caisses d'epargne*, París, 1991.

de las donaciones y liberalidades, considerándose como universalidades de bienes destinadas a la realización de una determinada actividad [12].

Desde un punto de vista operativo, la distancia que originariamente separaba a las Cajas de ahorros de la banca ordinaria ha sufrido una evolución que ha desembocado en su completa desaparición. En su origen, las Cajas de ahorros francesas captaban fondos prevalentemente en el sector del pequeño ahorro. El instrumento utilizado para ello era la emisión de una modalidad de libreta de ahorro, la *livret A,* caracterizada por la exención fiscal total de los intereses devengados. Los fondos captados por las Cajas de ahorros se depositaban a partir de 1837 en la *Caisse de dépots et consignation,* que actuando como banca central de la categoría gestionaba los fondos financiando en gran medida al Tesoro. Hasta el Decreto ley de 15 de abril de 1852 este depósito no sería obligatorio pero, incluso antes, era una práctica generalmente seguida por las Cajas de ahorros, ya que tenía la ventaja de exonerarlas de responsabilidad en la utilización de los fondos, con lo que las libretas de ahorro se beneficiaban de una garantía estatal. Esta política de inversión de los fondos captados, si bien garantizaba a los depositantes frente a cualquier pérdida, consolidando la utilización de la *livret A*, y limitaba la función de las Cajas de ahorros en el sistema bancario a la captación de recursos. Sin embargo, será con la Ley Minjoz de 1950, que reconoce a las Cajas de ahorros la posibilidad de desarrollar una actividad de financiación de las colectividades locales, así como la de préstamos inmobiliarios a largo plazo, cuando las Cajas de ahorros comiencen a adoptar una configuración bancaria. A pesar de ello, el distanciamiento entre las Cajas de ahorros y la banca ordinaria era aún considerable, y se fundamentaba en la especialidad del crédito de las primeras, en tanto destinado al servicio de la familia, de los entes locales y de la construcción de viviendas sociales [13]. La configuración bancaria de las Cajas de ahorros sufrirá un nuevo impulso con la reforma que se introduce en 1966 en su régimen jurídico, al ampliar la gama de sus productos tanto en lo que se refiere a la captación de recursos como a las operaciones de utilización de los fondos captados que podían desarrollar las Cajas de ahorros. A partir de este momento las Cajas de ahorros pasan a ofrecer, junto a la libreta de ahorro a la vista, nuevos productos como la *livret d'epargne-entreprise*, la *compte d'epargne-logement* y el *plan d'epargne logement* [14].

---

(12) *Cfr.* NOYER, *La legislazione bancaria francese,* ABI, Bancaria, Roma, 1990.

(13) Vid. MEYER-HORN, "La legge di riforma delle casse di risparmio francesi", *BI-Soc.,* 1984*,* núm. 3, pp. 145 ss.

(14) Sobre estos instrumentos vid. "I sistemi di Casse di risparmio in alcuni paesi europei", cit., p. 81 nota 38.

La progresiva equiparación de la actividad de las Cajas de ahorros con la banca determinará que la Ley 557/1983, de 1 de julio, las defina como *établissement de crédit* que tienen por objeto la promoción y la captación del ahorro, así como el desarrollo de la previsión para satisfacer en especial las necesidades colectivas y familiares. Con todo, el art. 1 de la Ley de 1983 limitaba la operatividad de las Cajas de ahorros a la concesión de préstamos a favor de particulares, colectividades públicas y organizaciones siempre que no ejerciesen una actividad comercial o industrial. Ello, quizás no sólo por la vocación social de las Cajas de ahorros, sino como contrapartida a los privilegios fiscales de los que gozaban en su actividad de captación de recursos (15).

Las Cajas de ahorros terminarían encontrando su regulación en la Ley 46/1984, de 24 de enero, sobre la actividad y el control de las entidades de crédito, derogándose las leyes especiales que regulaban su estatuto. Con todo, la equiparación no sería todavía plena. La Ley 416/1987, de 17 de junio, modificará la Ley 557/1983, ampliando la operatividad de las Cajas de ahorros al reconocerles la facultad de recurrir a nuevas formas de captación de recursos y de concesión de préstamos a los particulares y a la mediana y pequeña empresa, aunque no vamos a encontrar hasta finales de los años noventa un pleno reconocimiento de su capacidad operativa.

Por otro lado, el protagonismo que en el mercado van adquiriendo frente al resto de los intermediarios, impulsará a las Cajas de ahorros a alcanzar mayores niveles de eficiencia y competitividad. Para ello, el sistema de las Cajas de ahorros se estructurará jerárquicamente en tres niveles estrechamente coordinados a fin de limitar la competencia dentro de la categoría y consolidar su unidad de acción frente al resto de las instituciones financieras (16). A nivel central nos encontramos el *Centre national des caisses d'épargne et de prévoyance*; a nivel regional las *Sociétés régionales de financement*; y a nivel local las propias *Caisses d'épargne et de prévoyance*. El capital social del *Centre national des caisses d'épargne et de prévoyance* estaba controlado al 50% por las Cajas de ahorros, al 35% por la *Caisse de dépots et consignation* y al 15% por las *Sociétés régionales de financement*. El *Centre national des caisses d'épargne et de prévoyance* no sólo ostenta la representación a nivel nacional e internacional de las Cajas de ahorros sino que, además, está facultado para la elaboración de la estrategia global del sistema. Será la Ley de 1984 la que atribuya al *Centre*

---

(15) Cfr. ANOLLI, M. y PATARNELLO, A., *Intermediari e mercati finanziari in Francia (Struttura e caratteri della concorrenza nella prospettiva dell'integrazione europea),* Il Mulino, Bolonia, 1991, p. 57.

(16) Vid. RAGGETTI, "Casse di risparmio: le innovazioni recenti in Europa", *Risparmio,* 1990, núm. 4.

national des caisses d'épargne et de prévoyance labores de coordinación en el control de las Cajas de ahorros y la función de órgano principal de gestión de las relaciones financieras del grupo y de coordinación de la política de la categoría. Por su parte, las *Sociétés régionales de financement*, sociedades anónimas cuyo capital social pertenece al 50% a las Cajas de ahorros y a la *Caisse de dépots et consignation*, darán un carácter "local" a la actividad de las Cajas de ahorros, centralizando parte de los fondos de éstas para la concesión de préstamos en el área de influencia de la Caja de ahorros. Frente a las Cajas de ahorros, las *Sociétés régionales de financement* no sólo tratarán de coordinar y gestionar la actividad de los distintos institutos comprendidos en la región, sino que ofrecerán una serie de servicios comunes a todas las Cajas de ahorros con el fin de reducir sus costes y racionalizar la utilización de sus recursos a través de economías de escala. En 1995, el crecimiento de las actividades financieras de las Cajas de ahorros se traduce en la creación de la *Caisse centrale des caisses d'épargne* como agente financiero del grupo.

A pesar de todo, la reorganización del sistema de las Cajas de ahorros únicamente iba a representar un primer paso en la reestructuración de las propias Cajas de ahorros. En un corto período de tiempo las Cajas de ahorros se vieron inmersas en un proceso de fusiones que redujo considerablemente el número de institutos (de 468 a 186 en el período que media desde 1984-1990) (17), y todo el sistema de las Cajas de ahorros terminó siendo objeto de una importante reforma institucional a través de la Ley 532/1999, de 25 de junio, sobre ahorro y seguridad financiera (18), que ha transformado los institutos de base en entidades bancarias de naturaleza cooperativa. De esta forma, en la actualidad, las Cajas de ahorros se disciplinan por la Ley 532/1999, que además se remite para integrar el régimen jurídico de las Cajas de ahorros a la Ley 1775/1947, de 10 de septiembre, sobre el estatuto cooperativo y a la Ley 537/1966, de 24 de julio, sobre las sociedades comerciales (19). No se puede perder de vista tampoco la citada Ley 46/1984, ya que como señala expresamente el art. 3 de la Ley 532/1999, las Cajas de ahorros son *ètablissements de crédit* y podrán, no obstante el art. 3 de la Ley 1775/1947, que sienta el principio de que "las cooperativas no pueden admitir que terceros no socios disfruten de sus servicios", ejercer todas las operaciones de la banca.

El sistema de las Cajas de ahorros, que a raíz de la Ley 532/1999 se encuentra formado por las *Caisses d'épargne et de prévoyance*, las *Sociétés locales d'épargne*, la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* y

(17) Vid. "I sistemi di Casse di risparmio in alcuni paesi europei", cit., p. 90.

(18) *JO* 29-6-1999, núm. 148, p. 9487.

(19) *Cfr.* art. 3.1 Ley 532/1999.

la *Fédération nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* [20], acomete en su conjunto fines de interés general y participa en el desarrollo de los principios de solidaridad y de lucha contra las exclusiones de cualquier naturaleza. En particular, tiene como objeto la promoción y la captación del ahorro así como el desarrollo de la previsión, para satisfacer especialmente las necesidades colectivas y familiares. Asimismo contribuye a la protección del ahorro popular, a la captación de fondos destinados a la financiación de la vivienda social, a la mejora del desarrollo local y regional, particularmente en el campo del empleo y la formación, y a la lucha contra la exclusión bancaria y financiera de cualquiera de los protagonistas de la vida económica, social y medioambiental gracias, en concreto, a los fondos captados por la *livret A* [21].

1. Las *Caisses d'épargne et de prévoyance*

Entrando en el análisis de cada una de las entidades que actualmente forman el sistema francés de Cajas de ahorros, hay que comenzar diciendo que las Cajas de ahorros propiamente dichas, desde el 1 de enero de 2000, han pasado a configurarse como bancas cooperativas, cuyo capital inicial se fija teniendo en cuenta el importe de la dotación estatutaria tal como figuraba en el balance de las Cajas de ahorros al cierre el 31 de diciembre de 1997, así como el importe total de los fondos propios y el importe total del balance de la Caja de ahorros a 31 de diciembre de 1997 [22]. El capital de las Cajas de ahorros se divide en participaciones sociales, aunque en la medida que resulte necesario es posible la emisión de certificados cooperativos de inversión, que son valores mobiliarios sin derecho de voto representativos de derechos económicos y ligados a una parte del capital. En este último supuesto, para los ejercicios cerrados antes del 1 enero del 2004, los certificados cooperativos de inversión no podrán representar más del 25% del capital [23].

De las participaciones sociales de las Cajas de ahorros únicamente pueden ser titulares las Sociedades locales de ahorro [24], a modo de estructuras locales de las Cajas de ahorros, en cuyo capital, a su vez, tan sólo se permite participar a determinados sujetos caracterizados por estar implicados en el funcionamiento de las Cajas de ahorros. El número de participaciones sociales que corresponde a cada Sociedad local de ahorro se determina en función del volumen de la

(20) *Cfr.* art. 2 Ley 532/1999.

(21) *Cfr.* art. 1 Ley 532/1999.

(22) *Cfr.* art. 22.II Ley 532/1999.

(23) *Cfr.* art. 22.I Ley 532/1999.

(24) *Cfr.* art. 4.1 Ley 532/1999.

población comprendida en el territorio que ésta cubre. La suscripción de las participaciones sociales de la Caja de ahorros por parte de las Sociedades locales de ahorro se articula a través de un préstamo sin interés que les concede la propia Caja de ahorros, por un importe igual al valor total de las participaciones sociales suscritas por la Sociedad local de ahorro. Este préstamo se tiene que ir amortizando a medida que las participaciones sociales del propio capital de la Sociedad local de ahorro son suscritas por sus socios (25).

El proceso de cesión de las participaciones del capital de las Sociedades locales de ahorro finaliza el 31 de diciembre de 2003. Hasta ese momento, las participaciones de las Cajas de ahorros adquiridas por las Sociedades locales de ahorro no pueden cederse más que con el acuerdo del *directoire* de la Caja de ahorros. Además, la propiedad de estas participaciones sociales únicamente puede ser transferida a otras Sociedades locales de ahorro que operen en el mismo ámbito territorial, y mediante la transmisión, por el mismo importe, de una fracción del préstamo concedido por la Caja de ahorros a la Sociedad local de ahorro transmitente (26).

Durante este periodo, las Cajas de ahorros deben elaborar, por cuenta de las Sociedades locales de ahorro afiliadas, un informe anual que recoja el contenido y las modalidades de emisión de las participaciones sociales representativas del capital de las Sociedades locales de ahorro así como los vínculos, especialmente jurídicos y financieros, entre la Caja de ahorro y de previsión y las Sociedades locales de ahorro afiliadas, y la situación financiera y la evolución de la actividad de las Cajas de ahorros y de previsión. Este documento debe someterse a la aprobación de la *Caisse nationale* (27).

Una vez finalizado el período de cesión de las participaciones del capital de las Sociedades locales de ahorro, la Caja de ahorros reembolsará, a cada Sociedad local de ahorro vinculada a ella, las participaciones de su capital que ésta detente, hasta el importe aún debido por dicha Sociedad local del préstamo que le concedió la Caja de ahorros, y el importe total de las participaciones sociales suscritas por las colectividades territoriales por encima del límite del 10% del capital de la Sociedad local de ahorro a 31 de diciembre de 2003. El importe de este reembolso será utilizado por las Sociedades locales de ahorro para amortizar íntegramente la fracción aún pendiente del préstamo concedido por la Caja de ahorros y para reembolsar a las colectividades territoriales el

(25) *Cfr.* art. 22 IV Ley 532/1999.

(26) *Cfr.* art. 22 VI Ley 532/1999.

(27) *Cfr.* art. 28 Ley 532/1999 y el Decreto 974/1999, de 23 de noviembre, sobre información de los suscriptores de las participaciones sociales de las Sociedades locales de ahorro (*JO* 30-10-1999, núm. 277).

importe de aquellas participaciones que ostenten por encima del límite antes referido.

En la misma fecha, se anularán los "certificados cooperativos de inversión" no suscritos. El capital de la Caja de ahorros se reducirá en el porcentaje correspondiente al importe total de los "certificados cooperativos de inversión" no suscritos y de las participaciones sociales reembolsadas a las Sociedades locales de ahorro. Estas operaciones no tendrán efectos sobre los resultados de las Sociedades locales de ahorro ni sobre los de la Caja de ahorros y no estarán afectados por la presunción prevista en el art. 112.10, inciso 12.º del Código general de impuestos (28). Finalizando así, con esta nivelación de los fondos propios de las Cajas de ahorros en función del montante total de capital inicial cedido por las Sociedades locales de ahorro, el proceso de transformación de las Cajas de ahorros.

A nivel organizativo, las Cajas de ahorros están integradas por la asamblea general, un *directoire* al que se encomienda la gestión de su actividad, y ello bajo el control de un consejo de vigilancia, el *conseil d'orientation et de surveillance* (29). Tanto los miembros del *directoire* como del *conseil d'orientation et de surveillance* son designados por un mandato de tres años.

El *conseil d'orientation et de surveillance* está compuesto por 17 miembros nombrados por los trabajadores de la Caja de ahorros; por las colectividades territoriales socios de las Sociedades locales de ahorro afiliadas a la Caja de ahorros; y por la asamblea general de socios de la Caja de ahorros. El número de miembros elegidos por los trabajadores debe ser idéntico al de los elegidos por las colectividades territoriales, sin que en ningún caso pueda ser superior a tres (30). En concreto, el número de miembros que corresponde designar a las colectividades territoriales se determina por cada Caja de ahorros en función del montante total de las participaciones sociales de las Sociedades locales de ahorros afiliadas detentadas conjuntamente por dichas colectividades territoriales. Le corresponderán uno, dos o tres miembros si la participación de la colectividad territorial es, respectivamente, inferior al 10% del montante máximo que pueden detentar en las Sociedades locales de ahorro, oscila entre el 10% y el 50% de ese montante, o es superior al 50%. Los representantes de las colectividades territoriales socios de las Sociedades locales de ahorro son elegidos por un colegio único constituido por los alcaldes, los presidentes de los consejos generales y los presidentes de los consejos regionales de estas colectividades

(28) *Cfr.* art. 22 VII Ley 532/1999.

(29) *Cfr.* art. 5.1 Ley 532/1999.

(30) *Cfr.* art. 5.2 Ley 532/1999.

entre los miembros de sus asambleas. Los alcaldes, los presidentes de los consejos generales y los presidentes de los consejos regionales disponen cada uno de un número de votos proporcional al montante de las participaciones sociales detentadas por la colectividad territorial a la que representan, sin que este número pueda ser superior al 30% del total de los votos (31).

El *conseil d'orientation et de surveillance* asume las funciones propias de un órgano de control interno, aunque también se le atribuye la de proponer el nombramiento de los miembros del *directorio* (32). De particular importancia resulta, asimismo, el papel que este órgano asume en el período transitorio de transformación de la Caja de ahorros en cooperativa, ya que le compete fijar el importe nominal de las participaciones sociales de la Caja de ahorros, dentro de los límites establecidos por la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance,* así como la de determinar el número de participaciones sociales de la Caja de ahorros a suscribir por cada una de las Sociedades locales de ahorro de su circunscripción territorial.

Por lo que se refiere a la asamblea general, es el órgano deliberante de la Caja de ahorros. El número de votos de que dispone en la asamblea general cada Sociedad local de ahorro viene determinado por los estatutos de las Cajas de ahorros en función del número de participaciones de las que aquéllas sean titulares, aunque cuando la participación de capital que detenta una Sociedad local de ahorro en la Caja de ahorros a la que está afiliada exceda del 30% del total de los derechos de voto, el número de votos que le correspondan se debe reducir a ese porcentaje. Como límite, además, se establece que el porcentaje de votos que puede ser detentado en su conjunto por las Sociedades locales de ahorro compuestas mayoritariamente por personas jurídicas no puede superar el 49% (33).

En cuanto a los resultados de su actividad, los beneficios obtenidos por las Cajas de ahorros, una vez se hayan cubierto las reservas legales y estatutarias (34), deberán destinarse por la asamblea general a la satisfacción del interés propio de las participaciones sociales; a la financiación de proyectos de econo-

---

(31) *Cfr.* arts. 1 y 2 Decreto 222/2000, de 8 de marzo, sobre la representación de las colectividades territoriales en los *conseil d'orientation et de surveillance* de las Cajas de ahorros.

(32) *Cfr.* art. 5 Ley 532/1999.

(33) *Cfr.* art. 4.2 Ley 532/1999.

(34) A mayor abundamiento, cabe precisar que las sumas destinadas a reserva deben representar como mínimo la tercera parte de las sumas disponibles, aunque esta proporción puede ser aumentada por decisión de la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance,* cuando la situación financiera de la Caja de ahorros así lo exija.

mía local y social [35]; y al cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 11 bis, 18 y 19 nonies de la Ley 1775/1947, es decir, a la satisfacción de las participaciones con un interés preferente; a la restitución del valor de las participaciones de los socios que se separan o excluyen; o a la remuneración de los certificados cooperativos de inversión.

2. Las *Sociétés locales d'épargne*

Como ya hemos puesto de relieve tras la reforma de 1999, sólo pueden detentar participaciones en las Cajas de ahorros las denominadas "Sociedades locales de ahorro". Éstas son sociedades cooperativas, reguladas por la Ley 1775/1947, que no pueden realizar operaciones de banca y tienen por objeto contribuir a la elaboración de las orientaciones generales de la Caja de ahorros a la que están afiliadas y favorecer la formación de una base social lo más amplia posible *"en animant le sociétariat"* [36].

La creación de una Sociedad local de ahorro debe ser previamente aprobada por la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance,* así como por la Caja de ahorros a la que finalmente estará vinculada [37]. A estos efectos, es el *directoire* de cada Caja de ahorros el que someterá a la aprobación de la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* un plan de creación de Sociedades locales de ahorro en su circunscripción territorial que recogerá el número de Sociedades locales que serán creadas; el nombre de al menos dos personas para cada Sociedad local de ahorro, que suscribirán como mínimo una participación social de la misma; y el nombre del administrador provisional de la sociedad designado por la Caja de ahorros [38].

Además, sólo pueden ser socios de las Sociedades locales de ahorro, en las condiciones previstas por los estatutos:

---

(35) En concreto, las sumas destinadas a este fin no pueden exceder, para cada Caja de ahorros, del importe total del interés destinado a las participaciones sociales y de las cantidades que se hayan de distribuir conforme a los arts. 11 bis, 18 y 19 nonies de la Ley 1175/1947, ni ser inferior a la tercera parte de las sumas disponibles tras su puesta en funcionamiento. En la elección de estos proyectos de economía local y social así como en la contribución de las Cajas de ahorros a las acciones regionales o nacionales acometidas por todo el sistema, se deben tener en cuenta las orientaciones de la *Fédération nationale des caisses d'épargne et de prévoyance*. En cualquier caso, los proyectos de economía local y social financiados por las Cajas de ahorros son objeto de un anexo detallado en el informe anual de la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance.*

(36) *Cfr.* art. 8 Ley 532/1999.

(37) *Cfr.* art. 8 Ley 532/1999.

(38) *Cfr.* art. 27.I Ley 532/1999.

a) Las personas físicas o jurídicas que hubieran efectuado con la Caja de ahorros a la que la Sociedad local de ahorro esté vinculada alguna de las operaciones previstas en los arts. 1, 5, 6 y 7 de la Ley 46/1984. Estos preceptos han sido derogados y reemplazados, conforme a los arts. 3 y 4 de la Ordenanza 1223/2000 de 14 de diciembre, por los arts. L311-1 y 2; y L511-1, 2 y 3 del Código monetario y financiero. El art. L311-1 recoge, como operaciones de banca, la captación de fondos del público; las operaciones de crédito; así como la puesta a disposición de la clientela o la gestión de medios de pago. El art. L311-2 recoge, como operaciones conexas a las de banca, las operaciones de cambio; las operaciones sobre metales preciosos o monedas; la colocación, la suscripción, la compra, la gestión, la custodia y la venta de valores mobiliarios y de todo producto financiero; el asesoramiento y la asistencia en materia de gestión de patrimonio; el asesoramiento y la asistencia en materia de gestión financiera, la ingeniería financiera y de una manera general todos los servicios destinados a facilitar la creación y el desarrollo de las empresas; y las operaciones de arrendamiento financiero de bienes mobiliarios o inmobiliarios por las entidades legalmente habilitadas al efecto.

b) Los trabajadores de las Cajas de ahorros a la que está vinculada la Sociedad local de ahorro.

c) Las colectividades territoriales. Con la salvedad de que no pueden ser socios más que de Sociedades locales de ahorro ligadas a las Cajas de ahorros que ejerzan su actividad dentro de sus competencias [39].

d) Las personas físicas o jurídicas que no tengan vocación de recurrir a sus servicios ni de prestarles trabajo, pero que estén dispuestas a contribuir mediante la aportación de capital a la realización de los objetivos de la cooperativa [40].

Un tratamiento especial reciben el grupo de los trabajadores y de las colectividades territoriales como suscriptores de las participaciones de las Sociedades locales de ahorro.

En relación a los trabajadores de las Cajas de ahorros, hasta el 1 de diciembre del 2003, pueden suscribir las participaciones sociales de la Sociedad local de ahorro afiliada a la Caja de ahorros en la que presten sus servicios en el respeto de las condiciones generales fijadas por la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance*. Además, con el límite global de la décima parte del

---

(39) *Cfr.* art. 1 Decreto 221/2000, de 8 de marzo, sobre la atribución de las participaciones sociales de las Sociedades locales de ahorro a las colectividades territoriales.

(40) *Cfr.* arts. 9 Ley 532/1999 y 3 bis Ley 1775/1947.

capital inicial de la Caja de ahorros, sus peticiones deben ser íntegramente atendidas, cada año, hasta un porcentaje como máximo del 10% del capital social de la sociedad local ya suscrito, o del 3% del capital inicial de la Caja de ahorros y de previsión suscrito por la sociedad local de ahorro. En el supuesto de que las demandas de los trabajadores excedan de este importe, la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* fijará las condiciones para su reducción. Cada Caja de ahorros puede acordar las condiciones preferenciales de suscripción para los trabajadores, los descuentos (que no pueden exceder del 20% del valor de las participaciones sociales adquiridas), y los términos de pago con la salvedad, en este último caso, de que el término total de pago no puede exceder de tres años. Las Cajas de ahorros pueden igualmente acordar una atribución gratuita de participaciones sociales a los trabajadores, con el límite de una participación social por cada participación social del mismo importe nominal adquirida por los mismos (41).

Por su parte, las colectividades territoriales no pueden detentar conjuntamente más del 20% del capital de cada una de las Sociedades locales de ahorro (42). Aunque transitoriamente, hasta el 31 de diciembre de 2003, sólo están autorizadas para detentar conjuntamente el 10% como máximo del valor total de las participaciones sociales de cada Sociedad local de ahorro (43).

Cuando los socios de una Sociedad local de ahorro quieran liquidar todas o parte de sus participaciones sociales no pueden revenderlas más que a su valor nominal a la propia Sociedad local de ahorro a la que corresponden. A su vez, cada Sociedad local de ahorro no podrá revender las participaciones sociales que le son cedidas por los socios más que a su valor nominal (44).

En lo que respecta a la remuneración de las participaciones sociales detentadas por los socios de las sociedades locales de ahorro, ésta se fijará por la asamblea general de la Caja de ahorros a la que las Sociedades locales de ahorro estén vinculadas (45).

3. La *Caisse national des caisses d'épargne et de prévoyance*

Por otro lado, y sustituyendo al *Centre national des caisses d'épargne et de prévoyance* como órgano central del sistema de las Cajas de ahorros, confor-

(41) *Cfr.* art. 25 Ley 532/1999.

(42) *Cfr.* art. 9 Ley 532/1999.

(43) *Cfr.* art. 22.V Ley 532/1999.

(44) *Cfr.* art. 9 Ley 532/1999.

(45) *Cfr.* art. 8.5 Ley 532/1999.

me a los arts. L511-30, 31 y 32 del Código monetario y financiero, nos encontramos con la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance,* a la que están afiliadas de pleno derecho todas las Cajas de ahorros francesas [46]. Consecuentemente, el *Centre national des caisses d'épargne et de prévoyance* queda disuelto y sus bienes, derechos y obligaciones son transferidos íntegramente a la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance*, si bien, de forma excepcional, es posible que algunos sean transferidos a la *Fédération nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* en atención a sus fines.

A su vez, la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* es una sociedad anónima fruto de la transformación, mediante la modificación de sus estatutos, de la *Caisse centrale d'épargne et de prévoyance*. En el nuevo órgano central, las Cajas de ahorros deberán detentar conjuntamente, al menos, la mayoría absoluta del capital y de los derechos de voto; aunque durante un período transitorio (hasta el 31 de diciembre de 2003), se prevé expresamente que las Cajas de ahorros posean conjuntamente el 60%, al menos, del capital y de los derechos de voto [47]. En el capital de la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* también se reconoce una participación significativa a la *Caisse des dépôts et consignations,* que centraliza los depósitos de la *livret* de las Cajas de ahorros y les dota de la garantía estatal [48].

El órgano central del sistema de las Cajas de ahorros tiene la consideración de *établissement de crédit* conforme a la Ley 46/1984, estando autorizado a prestar los servicios de inversión de los arts. 4 y 5 de la Ley 597/1996, de 2 de julio, de modernización de las actividades financieras [49]. Es decir, la recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros; la ejecución de órdenes por cuenta de terceros; la negociación por cuenta propia; la gestión de carteras por cuenta ajena; el aseguramiento de la suscripción de emisiones y ofertas públicas de venta; la mediación en la colocación de las emisiones y ofertas públicas de ventas; la conservación o administración de instrumentos financieros; la concesión de créditos o préstamos a inversores para que puedan realizar una operación sobre uno o más instrumentos financieros siempre que en dicha operación intervenga la empresa que concede el crédito o préstamo; el asesoramiento en la gestión de patrimonios; el asesoramiento a empresas sobre estructura del capital, estrategia industrial y cuestiones afines, así como el asesoramiento y demás servicios en relación con fusiones y adquisiciones de empresas; los servicios

(46) *Cfr.* art. 11.II Ley 532/1999.

(47) *Cfr.* arts. 10 y 23 Ley 532/1999.

(48) *Cfr.* art. 7 Ley 532/1999.

(49) *Cfr.* art. 10.1 Ley 532/1999.

relacionados con las operaciones de aseguramiento; las transacciones en divisas vinculadas a los servicios de inversión; y el alquiler de cajas de seguridad.

Desde el punto de vista organizativo, la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* cuenta con un *directoire* y un *conseil de surveillance* regulados por los arts. 118 a 150 de la Ley 537/1996 (50). El *conseil de surveillance* se integra, en particular, por los miembros elegidos por los trabajadores del sistema de las Cajas de ahorros en las condiciones establecidas en los estatutos, mientras que el nombramiento del presidente de su *directoire* se somete al acuerdo del Ministro de Economía (51).

Entre las competencias de la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* en la fase de transformación de las Cajas de ahorros en cooperativas destaca, junto a la de vigilar el cumplimiento de la proporción entre los certificados cooperativos de inversión y el capital inicial de la Caja de ahorros, la de fijar el capital inicial de cada Caja de ahorros, previo informe del *conseil d'orientation et de surveillance* de la misma (52).

Por otro lado, se atribuye a la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* la función de representar al sistema de las Cajas de ahorros y hacer valer sus derechos e intereses comunes; negociar y concluir, en nombre del sistema de las Cajas de ahorros, acuerdos nacionales e internacionales; establecer los estatutos-tipo de las Cajas de ahorros y de las Sociedades locales de ahorro; crear o adquirir toda sociedad u organismo que facilite el desarrollo de las actividades del sistema de las Cajas de ahorros y asegurar el control, o dominar las participaciones en tales sociedades u organismos; adoptar toda disposición administrativa, financiera y técnica sobre la organización y la gestión de las Cajas de ahorros, sus filiales y organismos comunes, especialmente en lo que concierne a los medios informáticos; adoptar todas las medidas dirigidas a la creación de nuevas Cajas de ahorros o a la supresión de Cajas de ahorros ya existentes, bien por la vía de la liquidación, bien por la vía de la fusión; definir los productos y los servicios ofrecidos a los clientes y coordinar la política comercial de las Cajas de ahorros; asegurar la centralización de los excedentes de recursos de las Cajas de ahorros; realizar todas las operaciones financieras útiles al desarrollo y a la refinanciación del sistema, especialmente en lo que respecta a la gestión de su liquidez y su exposición a los riesgos de mercado; adoptar todas las medidas útiles a la organización, al buen funcionamiento y al desarrollo del sistema de las Cajas de ahorros; y vigilar el cumpli-

(50) *Cfr.* art. 10.1 Ley 532/1999.

(51) *Cfr.* art. 10.3 Ley 532/1999.

(52) *Cfr.* art. 22.I y II Ley 532/1999.

miento, por las Cajas de ahorros, de su finalidad de interés general [53]. Además, la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la liquidez y la solvencia de las Cajas de ahorros y para organizar la solidaridad financiera en el seno del sistema de las Cajas de ahorros, especialmente con la creación de un fondo común de garantía y de solidaridad, cuyas reglas de organización, de funcionamiento y de gestión corresponderá determinar en exclusiva a la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* [54].

La *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* además gestiona un fondo de mutualización que recoge cada seis meses, a partir del 1 de junio de 2000 y hasta el 1 de diciembre de 2002 inclusive, los ingresos de cada Caja de ahorros y de previsión por un importe representativo del producto de la suscripción de las participaciones sociales de las Sociedades locales de ahorro y de los certificados cooperativos de inversión equivalente a la octava parte de su capital inicial. Los fondos de mutualización recibirán el 1 de diciembre de 2003 una cantidad de cada Caja de ahorros por un importe igual a la diferencia entre, de una parte, el producto de la suscripción de las participaciones sociales de las Sociedades locales de ahorro y de los certificados cooperativos de inversión, y, de otra, las cantidades ya destinadas a los fondos de mutualización. La suma de las cantidades destinadas por las Cajas de ahorros a los fondos de mutualización no puede, teniendo en cuenta los ingresos efectuados entre el 1 de junio de 2000 y el 1 de diciembre de 2002, ser inferior a 15.9 millones de francos. Los fondos de mutualización deberán destinar a final de cada año, y hasta el 2003, el producto de las cantidades recibidas durante el año por las Cajas de ahorros a los fondos de reserva que recoge el art. L135-1 del Código de la seguridad social [55].

Por último, el *directoire* de la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* designará un *censeur* en cada Caja de ahorros, que vigilará el cumplimiento de las disposiciones legislativas y reglamentarias en vigor, así como de las reglas y orientaciones definidas por la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* [56]. El *censeur* participará, sin derecho de voto, en las reuniones del *conseil d'orientation et de surveillance* de las Cajas de ahorros, o, en otras entidades, en el *conseil d'administration* o en el *conseil de*

---

(53) *Cfr.* art. 11.I Ley 532/1999.

(54) *Cfr.* art. 12 Ley 532/1999.

(55) *Cfr.* art. 26 Ley 532/1999.

(56) *Cfr.* art. 13.1 Ley 532/1999.

surveillance [57]. Precisamente, a propuesta del *censeur,* la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* podrá proceder a la revocación colectiva del *directoire* o del *conseil d'orientation et de surveillance* de una Caja de ahorros en caso de cese del ejercicio de sus funciones, así como por la adopción de decisiones disconformes a las disposiciones legislativas o reglamentarias o a las instrucciones emitidas en el marco de sus competencias por la propia *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance*. Para estos supuestos se prevé el nombramiento de una comisión que asumirá provisionalmente las funciones del *directoire* o del *conseil d'orientation et de surveillance* de la Caja de ahorros, a la espera de la designación de los nuevos miembros [58].

4. La *Fédération nationale des caisses d'épargne et de prévoyance*

Por último, compete al conjunto de las Cajas de ahorros francesas representadas por los presidentes de su *conseil d'orientation et de surveillance* y los presidentes de su *directoire,* reunidos en asamblea general constitutiva, adoptar los estatutos de la *Fédération nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* y designar su consejo de administración.

La *Fédération nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* reagrupa el conjunto de las Cajas de ahorros representadas por dos miembros de su *conseil d'orientation et de surveillance*, uno de los cuales será el presidente, y por el presidente de su *directoire* [59], y entre sus funciones destacan las de coordinar las relaciones de las Cajas de ahorros con su base social; representar sus intereses comunes, especialmente frente a los poderes públicos; participar en la definición de las líneas estratégicas del sistema; definir las orientaciones nacionales de financiación por las Cajas de ahorros de los proyectos de economía local y social y de los fines de interés general del sistema; contribuir a la definición, con la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance,* de las orientaciones nacionales en materia de relaciones sociales del sistema; organizar, en unión con la *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance,* la formación en el campo económico de los dirigentes y de los socios mediante la organización regular de sesiones de información gratuitas; vigilar el respeto de las reglas deontológicas en el seno del sistema de las Cajas de ahorros; y contribuir a la implicación del sistema de la Cajas de ahorros francesas con las entidades europeas de la misma naturaleza [60].

---

(57) *Cfr.* art. 13.2 Ley 532/1999.

(58) *Cfr.* art. 14 Ley 532/1999.

(59) *Cfr.* art. 15 Ley 532/1999.

(60) *Cfr.* art. 15.2 Ley 532/1999.

IV. LAS CAJAS DE AHORROS ALEMANAS

En Alemania ya en 1801 nos encontramos la primera Caja de ahorros de creación "pública". Este ejemplo proliferaría hasta convertirse en los años sucesivos en el modelo de Caja de ahorros a constituir en aquel país, y, en la actualidad, junto a la banca privada y los establecimientos de crédito de carácter cooperativo, en uno de los pilares del sistema financiero alemán.

El sistema de las Cajas de ahorros se compone de las *Sparkassen,* como institutos de base, y las *Landesbanken Girozentralen,* como institutos regionales de categoría de las *Sparkassen*. Otra categoría constituye la *Deutsche Girozentrale-Deutsche Kommunalbank* que, controlada por las mayores *Landesbanken* y por la *Deutscher Sparkassen und Giroverband*, desarrolla una actividad bancaria en todo el territorio y de *Gewährträger* a favor de las *Landesbanken*.

Tanto las *Sparkassen, o* Cajas de ahorros, propiamente dichas como las *Landesbanken* se configuran con carácter general como entes de Derecho público (*öffentlich-rechtliche Anstalte*) (61), creados por entes públicos territoriales (municipios, circunscripciones, distritos o regiones). La unión entre ambos institutos se asegura mediante la participación de los institutos de base en el capital de los institutos regionales (mediante asociaciones regionales de las Cajas de ahorros o sociedades de participación constituidas por las propias Cajas de ahorros que operan en la región), junto con la del gobierno del *Land* o de la capital del propio *Land*.

Ambas instituciones tienen como objetivo el desarrollo de la economía local (*Geweindenutzigkeit*), por lo que se configuran como bancas locales. Este objetivo tiene su manifestación en el principio de *Subsidiarität,* que impide que entren en competencia las Cajas de ahorros de una misma circunscripción, dando exclusividad a las que actúan en un solo municipio frente a las que tienen un ámbito territorial mayor dentro del propio *Gewährträger*; y en el principio de competencia territorial (*Regionalprinzip*), por el que las Cajas de ahorros no pueden operar ni abrir sucursales más allá del territorio de referencia del propio *Gewährträger*. Hay que precisar que aunque este último principio no afecta a las modalidades de captación de fondos, en algunos *Länder* determina que se prohíba a las Cajas de ahorros cualquier operación interbancaria con institutos diversos de las Cajas de ahorros radicadas en el propio *Land* y de la correspondiente *Landesbank*, y financiar cualquier iniciativa empresarial o particular fuera del área geográfica de su competencia. En otros *Länder, sin embargo, este*

(61) Vid. BREVER, "Die Offentlich-rechtliche Anstalt", WDStRL, 1986 (44), pp. 211 y ss.

principio se manifiesta en una operatividad territorial prevalente, aunque no exclusiva [62].

En todo caso, las competencias de los institutos de base y regionales están claramente separadas. Las *Landesbanken* tienen tres cometidos. En primer lugar, actúan como banco estatal prestando servicios financieros a empresas y organismos públicos. De este modo, los institutos regionales se configuran como *hausbank* del *Land* y de los municipios, asumiendo la financiación de los entes territoriales mediante la inyección directa de fondos a dichos entes o a través de la oferta de servicios de organización y colocación de emisiones de títulos públicos. En segundo lugar, las *Landesbanken* actúan como banco central para las Cajas de ahorros, las cuales son jurídica y económicamente independientes. Con tal objeto, ofrecen servicios de compensación y refinanciación a los institutos de base que operan en el *Land,* así como aquellos servicios financieros que las Cajas de ahorros no pueden ofrecer a sus clientes por limitaciones de carácter normativo o por razones de conveniencia económica, y, además, les prestan servicios de coordinación operativa. A su vez, las asociaciones regionales de categoría (*Verbände*) prestan servicios de información y asesoramiento técnico, con lo que se separan de la actividad desarrollada por las *Landesbanken* de naturaleza operativa mediante la prestación de servicios o instrumentos financieros. Por último, las *Landesbanken* ejercen actividades bancarias generales y operan en el mercado de capitales internacionales, tanto por cuenta propia como por cuenta de otros emisores de títulos de deuda. Se configuran así como verdaderas *Universalbanken,* desarrollando junto a su función de banca pública local la misma actividad que cualquier otra banca comercial [63].

Las *Landesbanken* no cuentan con una densa red de sucursales para las operaciones con sus clientes privados, con lo que en este segmento de mercado operan las Cajas de ahorros locales. Éstas limitan su actividad a las operaciones de la *Enumerationsprinzip* que se recogen en los propios estatutos, sin perjuicio de servir como canal de distribución de los servicios y productos que prestan directamente las *Landesbanken,* para que en definitiva puedan ofrecer directa o indirectamente a sus clientes la operatividad propia de la banca universal. De este modo, las *Landesbanken* permiten a las Cajas de ahorros configurarse de hecho como bancas universales incluso en el desarrollo de operaciones internacionales. Sin embargo, la imposibilidad de desarrollar directamente determinadas operaciones (entre otras, la adquisición de participaciones industriales y,

---

(62) *Cfr.* BIASIN Y LOCATELLI, "I sistemi di Casse di risparmio in alcuni paesi europei", cit., p. 17.

(63) Vid. GRUSON y SCHNEIDER, "The German Landesbanken", *Columbia Bussines Law Review,* 1995, pp. 337 y ss.

participación en el capital de entes que no sean la propia *Landesbanken* o la *Verdänden* o la participación en consorcios de colocación de títulos), las colocan en una clara desventaja frente a la banca con operatividad plena.

Las Cajas de ahorros y las *Landesbanken* carecen formalmente de "capital social", pero así como las *Landesbanken* tienen un capital de dotación, en los institutos de base se confunden el patrimonio de las Cajas de ahorros y el del ente territorial propietario (64). Aunque bien es cierto que en un momento posterior y por disposiciones regionales que recogieron el contenido del art. 10 de la Ley bancaria alemana (*Kreditwesengesetz*), se dotaron de medios patrimoniales propios representados por las reservas de balance (*Haftendes Eigenkapital*). En todo caso, las *Landesbanken* son de propiedad pública, estando su capital nominal por lo general en manos del Estado federal respectivo, de las mancomunidades de municipios, de las confederaciones de Cajas de ahorros y de las propias entidades de giro.

La limitación del capital de dotación de las *Landesbanken* y su ausencia en el caso de las *Sparkassen* trataron de paliarse mediante la atribución a los respectivos entes públicos territoriales que ostentaban su titularidad de una responsabilidad institucional (*Anstaltslast*) y de garantes (*Gewährträgerhaftung*) ilimitada en el tiempo y en su alcance (65). Esta responsabilidad institucional significa que los entes públicos territoriales están obligados a garantizar la base económica y la capacidad de funcionamiento de la entidad bancaria durante toda su existencia. Por su condición de garantes, los propietarios responden de todas las obligaciones de la entidad de crédito en la medida en que no puedan ser satisfechas con los activos de ésta. El *Gewährträger,* a pesar de que como responsable de la actividad de las Cajas de ahorros tiene competencias sobre su control (los miembros del órgano de control —*Verwaltungsrat*— son los mismos representantes de la *Gewährträger*) y gestión (el consejo de administración —*Vorstand*— viene nombrado por el propio ente propietario), debe respetar la autonomía de las Cajas de ahorros salvaguardándola de la influencia de los poderes públicos (66). Por otro lado, los depósitos de estos institutos no sólo son garantizados por el ente local propietario, sino también por el *Sparkassen Stut-*

(64) Vid. HEDRICH, *Die Privatisierung der Sparkassen,* Baden-Baden, 1993.

(65) Vid. SKOWRONEK, *Die Europäischen Spak Kassensysteme und das Wettbewertosrechtder EU (Subventionsrechtliche Probleme im Europäischen Sparkassenrecht),* Frankfurt, 2001, pp. 36 y ss.

(66) Vid. SCHLIERBACH y PÜFTNER, *Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland,* 3. Auflage, Stuttgart, 1994. Para las distintas clases de Cajas de ahorros dependiendo de la naturaleza del *Gewährtrager* vid. "I sistemi di Casse di risparmio in alcuni paesi europei", cit., pp. 14 ss., que nos habla de *Kommunale Sparkassen*, *Gemeindesparkassen, Zweckverbandsparkassen,* y *Kreissparkassen*.

zungsfond (67), a cuya formación y funcionamiento contribuye el propio *Länder*, que a su vez tiene competencias sobre algunos aspectos de la vigilancia de las Cajas de ahorros y de los institutos regionales de su territorio. Este control, sobre las disposiciones regionales o estatutarias, se suma al del *Bundesaufsichtsamt für das gesamte Kreditwesen* a nivel nacional (68).

Con todo, es posible concretar los problemas que acucian a todo el sistema de Cajas de ahorros alemanas en los dos siguientes. De un lado, el futuro de la relación existente entre las Cajas de ahorros y las *Landesbanken* y, de otro, los efectos que la recepción de las directivas comunitarias en materia de vigilancia prudencial puede tener sobre la estructura patrimonial y operativa de las Cajas de ahorros y de las *Landesbanken*.

A) En su origen, las *Landesbanken* eran entidades regionales dedicadas ante todo a complementar la actividad de las Cajas de ahorros locales, las cuales a su vez ejercían en un principio una función eminentemente social, al ofrecer servicios financieros en ámbitos en los que el mercado no funcionaba de manera adecuada. Sin embargo, con posterioridad las Cajas de ahorros se han convertido en entidades de crédito que prestan servicios universales, mientras que las *Landesbanken,* en las últimas décadas, han ido convirtiéndose paulatinamente en bancos comerciales independientes. Por ello, el primero de los problemas se plantea cuando las Cajas de ahorros de mayores de dimensiones, con una libertad operativa cada vez mayor, ofrecen directamente a sus clientes los servicios que anteriormente canalizaban a través de las *Landesbanken,* lo que no sólo pone en tela juicio la relación existente entre los institutos de base y los institutos regionales y la misma razón de ser de estos últimos (69), sino la propia capacidad de la Caja de ahorros para desarrollar una actividad que implica una elevada competencia técnica y profesional.

B) La segunda de las cuestiones está en determinar si las Cajas de ahorros y las *Landesbanken* pueden cumplir con los coeficientes patrimoniales

---

(67) *Cfr.* HAGENMULLER/DIEPEN, *Der Bankbetrieb,* 12. Auflage, Wiesbaden, 1989.

(68) Vid. SCHLIERBACH y PÜTTNER *Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland,* cit.

(69) No obstante, hay quien objeta que ello iría en merma de la capacidad de las Cajas de Ahorros de menores dimensiones que todavía necesitan de los servicios financieros de las *Landesbanken* para ofrecer a sus clientes una gama de operaciones financieras. Aunque a este respecto KAUERMANN, "Die Sparkassen und 'ihre' Landesbank-wie stark ist der Verbund?*", Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, núm. 17, señala que los vínculos "cooperativos" que ligan a las Cajas de ahorros con las *Landesbanken* serán sustituidos por criterios de conveniencia económica, de tal manera que las Cajas de ahorros tratarán de mejorar sus resultados económicos buscando el tercer intermediario que le preste aquellos servicios en las mejores condiciones económicas.

mínimos de solvencia impuestos por las directivas comunitarias sin que vean limitada su operatividad. A este respecto, debemos tener en cuenta que en virtud de la Directiva 89/647/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1989, sobre el coeficiente de solvencia de las entidades de crédito [70] y de la Directiva 89/299/CEE del Consejo, de 17 de abril de 1989, relativa a los fondos propios de las entidades de crédito [71], los bancos tenían que disponer de fondos propios por un importe de al menos el 8% de sus activos ponderados en función de su riesgo y de sus cuentas de orden sujetas a riesgo. En Alemania, estas Directivas supusieron la modificación de la *Kreditwesengesetz,* entrando en vigor los nuevos requisitos el 30 de junio de 1993. Hasta esta fecha, las entidades de crédito alemanas debían disponer de fondos propios equivalentes al 5,6% de sus activos ponderados en función de su riesgo. Los nuevos requisitos de capital hacían necesario que aquellas entidades con una dotación relativamente exigua de fondos propios aumentaran su base de capital para evitar una restricción de su expansión empresarial y para poder mantener su volumen de operaciones existente. De lo contrario, las autoridades de supervisión podrían ordenar las medidas pertinentes para dar cumplimiento a las disposiciones de solvencia, ya sea dotándose de fondos propios adicionales o reduciendo los activos ponderados en función de su riesgo.

Pero la posibilidad de ampliar los fondos propios no está exenta de problemas ni para las Cajas de ahorros ni para las *Landesbanken*. A diferencia de lo que ocurre con la banca privada, la banca pública no podía acudir al mercado de capitales para financiar sus necesidades de fondos propios adicionales, dado que sus propietarios públicos decidieron abstenerse de privatizarlos en parte o en su totalidad. Por otro lado, debido a la difícil situación presupuestaria, los propietarios públicos tampoco estaban en condiciones de hacer nuevas aportaciones de capital.

En concreto, las Cajas de ahorros, al no disponer de un capital social, tan sólo pueden ver incrementado su patrimonio mediante la autofinanciación. La imposibilidad de captar capital en el mercado, junto a su modesta rentabilidad, determina un crecimiento patrimonial de estos institutos inferior a la media del sistema. En principio, este escaso nivel de patrimonialización no compromete los coeficientes de solvencia establecidos a nivel comunitario, en tanto que el bajo riesgo del activo no impone un nivel de fondos propios particularmente elevado. Sin embargo, esta situación sí pone en entredicho la viabilidad de las Cajas de ahorros alemanas para afrontar la financiación de una ulterior expansión de su actividad, sobre todo en sectores operativos caracterizados por un

---

(70) *DO* L386 de 30-12-1989, p. 14.

(71) *DO* L124 de 5-5-1989, p. 16.

nivel de riesgo más elevado [72]. En definitiva, los coeficientes no han comportado un problema en el pasado, pero hay que cuestionar su viabilidad en atención a la reestructuración operativa y dimensional de las Cajas de ahorros, que impone, a su vez, revisar los cauces de reforzamiento del patrimonio de las Cajas de ahorros, hasta este momento ceñido al correspondiente porcentaje de beneficios que se debían destinar necesariamente a reservas, así como por la posibilidad de emitir "certificados de disfrute" (*Genußscheine*) [73].

Por lo que se refiere a las *Landesbanken* el problema se plantea con especial intensidad, dado las exigencias de fondos propios a las que vienen obligadas por su ámbito operativo. Como solución para la obtención de capital adicional se ha optado por la cesión de activos a los bancos regionales por parte de los respectivos Estados federados. A título ilustrativo, así ha ocurrido con la cesión de activos de un organismo de derecho público, el *Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen* ("Wfa", instituto de fomento de la vivienda del Estado federado de Renania del Norte-Westfalia), al *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* ("WestLB") conforme al art. 1 de la Ley de regulación del fomento de la vivienda, de 18 de diciembre de 1991, del parlamento de Renania del Norte-Westfalia. El importe de la remuneración al Estado federado en concepto del capital puesto a disposición del WestLB se fijó en un 0.6% anual, a pagar por el WestLB de sus beneficios después de impuestos, y sólo en el caso de que el banco realizase beneficios. La propia Exposición de Motivos de la Ley de 1991 alegaba como razón principal para la cesión el aumento de los fondos propios del WestLB, con objeto de que esta entidad de crédito pudiera cumplir los requisitos de capital más estrictos vigentes a partir del 30 de junio de 1993. El aumento de los fondos propios del WestLB le permitía ampliar sus actividades comerciales, así como una mayor capacidad crediticia a raíz del incremento considerable de su capital.

Este caso concreto, si bien destaca por la magnitud del patrimonio transferido, tan sólo representaba el supuesto más relevante de otras medidas financieras similares en los Estados federados de Baja Sajonia, Berlín, Schleswig-Holstein, Hamburgo y Baviera en favor del *Norddeutsche Landesbank*, del *Landesbank Berlin*, del *Landesbank Schleswig-Holstein*, del *Hamburger Landesbank* y del *Bayerische Landesbank*, respectivamente.

La cesión de activos del Wfa al WestLB, con todo, planteaba serias dudas de legalidad en el marco del derecho de la competencia. De hecho, fue objeto de

---

(72) Vid. "I sistemi di Casse di risparmio in alcuni paesi europei", cit., p. 38.

(73) Sobre la poca aceptación de estos certificados vid. NIEMEYER, *Genußrechtskapital von Privaten bei Sparkassen und Landesbanken,* Bonner jur. Diss.

denuncia formal el 21 de diciembre de 1994, por la *Bundesverband deutscher Banken e.V.* ("BdB", asociación de bancos alemanes), que representa a unos 300 bancos privados establecidos en Alemania, que pedía a la Comisión Europea la incoación de un procedimiento con arreglo al art. 88.2 del Tratado CE contra la República Federal de Alemania, alegando que aquella cesión de los activos del Wfa constituía una ayuda estatal conforme al art. 87.1 del Tratado CE que falsea la competencia en favor del WestLB. Pero la Comisión, tras decidir el 1 de octubre de 1997 incoar el procedimiento del art. 88.2 del Tratado CE, adoptó la Decisión 2000/392/CE, de 8 de julio de 1999, relativa a la medida ejecutada por la República Federal de Alemania en favor de *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* (74).

La Comisión, para determinar si una medida financiera adoptada por un accionista público de una empresa contiene elementos de ayuda estatal, en primer lugar, constata la aplicabilidad al supuesto del principio del "inversor en una economía de mercado", conforme al cual no se considera ayuda estatal la puesta a disposición de capital en condiciones que un inversor privado, que actuara en las condiciones normales de una economía de mercado, aceptaría para realizar la misma operación respecto de una empresa privada (75). En virtud a dicho principio, la Comisión constata que la mencionada cesión constituye una ayuda estatal concedida por el Estado federado de Renania del Norte-Westfalia al WestLB porque el Estado federado renuncia, a cambio de su aportación patrimonial al WestLB, a una remuneración en las condiciones del mercado, con lo que no está actuando como un inversor en una economía de mercado y está otorgando una ventaja al WestLB que constituye una ayuda estatal. Un inversor no habría puesto a disposición del WestLB un capital con las mismas particularidades y en las mismas condiciones que los activos del Wfa, sobre todo desde la perspectiva del rendimiento probable de la inversión (76).

Tras comprobar que la cesión cumplía con todos los requisitos para calificarla como ayuda estatal a los efectos de la prohibición general de conceder ayudas estatales del art. 87.1 del Tratado CE, la Comisión afirma que aquélla no se encuentra en ninguno de los supuestos que recogen los arts. 86.2 y 87.2 y 3 del Tratado CE en los que excepcionalmente una ayuda estatal se considera compatible con el mercado: a) la cesión se produjo con objeto de que el WestLB estuviera en condiciones de cumplir los nuevos requisitos sobre capital y no estaba relacionada con ningún tipo de servicios de interés económico general. Por lo demás, el Gobierno alemán no hizo valer que el objetivo de la cesión del

(74) *DO* L150 de 23-06-2000, p. 1.

(75) *Cfr.* Cdo. 161 a 170 de la Decisión 2000/392/CE.

(76) *Cfr.* Cdo. 174 a 240 de la Decisión 2000/392/CE.

Wfa fuera compensar al WestLB por la prestación de determinados servicios de interés económico general; b) la ayuda no es de carácter social ni se concede a consumidores individuales; c) la ayuda no está destinada a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional o a compensar las desventajas económicas resultantes de la división de Alemania; d) la ayuda no es de finalidad regional y por tanto no está destinada a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo ni a facilitar el desarrollo de determinadas regiones económicas; e) la ayuda no fomenta la realización de un proyecto importante de interés común europeo ni promueve la cultura o la conservación del patrimonio; f) la ayuda no está destinada a poner remedio a una grave perturbación en la economía alemana porque no estaba en juego la supervivencia económica del WestLB; y g) la ayuda no está destinada a facilitar el desarrollo de determinadas actividades económicas porque el WestLB no tiene la consideración de empresa en crisis que necesite ayudas estatales para restablecer su viabilidad (77).

Por todo ello, la Comisión constata finalmente que Alemania concedió la ayuda de forma ilícita, infringiendo lo dispuesto en el art. 88.3 del Tratado CE. La ayuda no puede considerarse compatible ni en virtud de los apartados 2 o 3 del art. 87 ni en virtud de ninguna otra disposición del Tratado (78). La Comisión, en definitiva, estima que la ayuda estatal concedida por Alemania al *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* es incompatible con el mercado común, ha de ser suspendida y el Gobierno alemán deberá reclamar el elemento de ayuda contenido en la medida ilícita (79).

C) No menos cuestionada es la garantía patrimonial ilimitada que sobre las obligaciones de las Cajas de ahorros y las *Landesbanken* prestan los entes territoriales fundadores.

Esta garantía viene a justificarse por parte de las propias Cajas de ahorros en el desarrollo de servicios de interés económico tales como la promoción del ahorro, con especial atención a las clases menos favorecidas, y el desarrollo local o el sostenimiento de los objetivos político-económicos de las colectividades públicas. Pero también resulta indudable que la validez de la *Gewährträgerhaftung* se pone en tela de juicio desde la perspectiva de la libre competencia entre los participantes del mercado nacional y comunitario.

---

(77) *Cfr.* Cdo. 241 a 247 de la Decisión 2000/392/CE.

(78) *Cfr.* Cdo. 248 y 249 de la Decisión 2000/392/CE.

(79) *Cfr.* arts. 1 y 2 de la Decisión 2000/392/CE.

La eliminación de esta garantía equipararía a estos institutos con el resto de la banca, obligándoles a reducir el margen de interés por el aumento del coste de la captación de recursos o bien a constituir un fondo con la consecuente reducción del resultado del ejercicio [80]. No es de extrañar, por ello, que la banca privada alemana venga planteando la inadmisibilidad y la eliminación de la garantía ilimitada de los entes públicos respecto a las Cajas de ahorros y los institutos centrales regionales.

Con estos presupuestos, y en el marco de un debate que propugna la defensa de un conjunto de entidades jurídica y económicamente independientes, se proponen, básicamente, dos alternativas al problema planteado en el sistema de las Cajas de ahorros:

a) De un lado, la transformación de las Cajas de ahorros y las *Landesbanken* en sociedades por acciones, de capital público en un principio, sin perjuicio de abrir paulatinamente el capital a inversores privados mediante sucesivos aumentos de capital y afrontar una posible privatización posterior [81]. La adopción del modelo societario controlado por el ente público fundador de la Caja de ahorros encuentra, sin embargo, un obstáculo en la prohibición del ordenamiento jurídico de que los entes públicos territoriales detenten el control de una banca ordinaria. A su vez, la "privatización" de las Cajas de ahorros ha sido fuertemente criticada por quienes entienden que sería del todo incompatible con la naturaleza "funcional" singular de su actividad bancaria, en tanto dirigida a la promoción del ahorro y de las iniciativas económicas locales, ya que la finalidad principal de la empresa bancaria sería ya la de retribuir el capital [82].

b) De otro, la fusión de las *Landesbanken* con bancos de naturaleza privada. Esta alternativa tropieza, sin embargo, con la garantía ilimitada del ente público por las obligaciones de las *Landesbanken* y la configuración societaria de ente de derecho público de las *Landesbanken,* lo que supone una importante limitación al *corporate governance* de la participación privada en el capital de la Caja de ahorros. Como solución se propone conservar la autonomía societaria de ambos institutos mediante la constitución de una sociedad por acciones *holding,* a la que confiar su dirección única dejando intacto el privilegio de la *Gewährträgerhaftung*. Aunque no se puede negar realmente que tal garantía se

---

(80) *Cfr.* "I sistemi di Casse di risparmio in alcuni paesi europei", cit., pp. 41-42.

(81) Vid. MÖSCHEL, "Privatisierung als öffentliche Aufgabe", *Sparkassen im Wandel,* 1993 y "Privatisierung der Sparkassen", WM 3/1993, pp. 93 y ss..

(82) *Cfr.* BECKERBIRCK, "Die Kommunen und ihre Sparkassen", *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, núm. 17.

extendiese a las obligaciones de la holding hasta donde sea responsable como socio las *Landesbanken*.

V. LA REFORMA DE LAS CAJAS DE AHORROS ITALIANAS EN SOCIEDADES DE CAPITAL

1. Las Cajas de ahorros en el sistema bancario italiano

Entre las entidades que integran la denominada "banca pública" italiana, junto a la *Banche del Monte*, los *Istituti di credito di diritto pubblico,* los *Istituti di credito pubblico* y las *Sezioni di credito speciale di natura pubblica,* nos encontramos con las *Casse di risparmio*, cuyo origen se remonta, en la mayoría de los casos, a principios del siglo XIX para favorecer el ahorro popular y agrícola, evitar a las clases sociales más indigentes el recurso a los préstamos usurarios y, en definitiva, para dotar de mecanismos financieros a determinadas áreas y sectores económicos olvidados por los banqueros (83).

Los fines de las Cajas de ahorros no serían sólo aquéllos de asistencia y beneficencia, sino el de garantizar la seguridad del ahorro de la población de más humilde condición. Nacen, en definitiva, como institutos especializados en la captación del ahorro popular de la voluntad de las clases dirigentes de crear una entidad crediticia que centralizase y tutelase el pequeño ahorro de las clases más desfavorecidas, que asegurase una adecuada inversión del ahorro de las categorías sociales más débiles que no estaban en grado de participar en el proceso de acumulación.

La primera regulación orgánica y completa de las Cajas de ahorros la encontramos en la Ley 15 de julio de 1888, núm. 5546, que luego se integraría con otras disposiciones (84) en el *Testo Unico delle leggi sulle Casse di rispar-*

---

(83) Sobre el origen de las Cajas de ahorros en Italia vid. CLARICH, *Le Casse di risparmio. Verso un nuovo modello,* cit., pp. 13 ss. y pp. 33 ss.; SENIN, voz "Cassa di risparmio", *Encl. dir.*, VI, Giuffrè, Milán, 1968, pp. 427 ss.; MARIOTTI, voz "Casse di risparmio", *Dig. It.,* VII, 1, Utet, Turín, 1927, pp. 13 ss.; y "Origini ed Evoluzione delle Casse di Risparmio", *Primo Rapporto sulle Fondazioni Bancarie*, Roma, ACRI, 1996, pp. 9-14.

(84) Nos referimos a la Ley de 4 de mayo de 1898, núm. 169; el RD de 14 de junio de 1923, núm. 1396; y al RDL de 10 de febrero 1927, núm. 269. Con la primera de las disposiciones se trataría de fomentar la concentración en el sector de las Cajas de ahorro y los Montes de piedad, imponiendo la fusión de las Cajas de ahorro y de los Montes de piedad de menores dimensiones y creando Federaciones entre ellas con la finalidad de favorecer la coordinación de la actividad de los institutos asociados, así como de introducir un fondo común en garantía de los depositantes; más exactamente, con la función "tutelar el ahorro, delimitar la zona de acción de los institutos federados, de coordinar la acción y de asistirles en todas sus contingencias".

mio e sui Monti di pietà di prima categoria de 1929 [85], vigente hasta su derogación en 1993 por el *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* [86] (TUB).

Partiendo de la distinción entre las Cajas con estructura asociativa y las Cajas con estructura fundacional la Ley de 1888 trató aparentemente de garantizar su autonomía, atribuyéndoles personalidad jurídica, privando en las Cajas-asociaciones a los socios que las habían constituido de cualquier derecho sobre el patrimonio o sobre los resultados de la actividad de la Caja [87] y sancionando, para las Cajas-fundaciones, su completa independencia patrimonial respecto de los entes fundadores, a los que se prohibía cualquier injerencia en su gestión [88], con el consiguiente distanciamiento de las Cajas de ahorros respecto de las Administraciones Públicas que las habían constituido. Pero, realmente, aquella disposición debemos enmarcarla dentro de las primeras tentativas del Estado de injerirse en la vida de la sociedad civil y comportó el control público y una restricción de la autonomía estatutaria de las Cajas de ahorros [89].

La estructura de las Cajas de ahorros dependía de que los promotores de su constitución fuesen grupos de ciudadanos de las clases privilegiadas, en cuyo caso encontramos las Cajas de carácter asociativo, o bien entes públicos y obras pías, que constituirían Cajas de carácter fundacional. El art. 2 RD 967/1929, de 25 de abril, recogería esta distinción, definiendo las Cajas-fundaciones como

---

(85) Aprobado por el RD 967/1929, de 25 de abril, y con Reglamento de ejecución aprobado por el RD 225/1931, de 5 de febrero. Normativa que debe completarse con el RDL 204/1938, de 24 de febrero, sobre el nombramiento del presidente y vicepresidente de las Cajas de ahorro, y la Ley 371/1966, de 26 de mayo, sobre el destino de los beneficios.

(86) Aprobado por el DLgs 385/1993, de 1 de septiembre (Supl. ord. *G.U. 30-10-1993,* núm. 230).

(87) Se explica que algunos autores consideren que estamos más ante un *ufficio* que ante una situación contractual de relevancia patrimonial (*cfr.* SENIN, voz "Casse di Risparmio", cit., p. 431).

(88) Nos dice el art. 4 de la Ley de 1888 que "las Cajas de ahorro fundadas por instituciones de beneficencia o por otros cuerpos morales o con su concurso deben constituir un patrimonio separado y con administración distinta de aquella del instituto fundador [...] en ningún caso la administración de las Cajas de ahorro puede ser asumida por las juntas comunales o por las diputaciones provinciales o por los componentes de las mismas". Como señalaba MERUSI (*Trasformazione della banca pubblica,* Il Mulino, Bolonia, 1986, pp. 99 ss.), la disciplina de las relaciones entre la financiación del fondo de dotación y la administración del sujeto no podía ser otra que la regla de la representación de los intereses libremente definibles por parte de la fuente organizativa del sujeto y no aquella de la representación privada de capital.

(89) Vid. PORZIO, "Le c.d. 'fondazioni bancarie': mostri o modello?", *Dir. banca finanz.*, 2001, p. 4.

las "fundadas por cuerpos morales o con su concurso", y las Cajas-asociaciones como las "instituidas por asociaciones de personas". Posteriormente, en los Estatutos tipo que en 1966 elaborará el *Comitato per el credito ed il risparmio* CICR se recogerán estas dos estructuras, invitando a las Cajas de ahorros a la adopción de una de ellas.

Por lo que se refiere a su organización, las Cajas-fundaciones estaban dotadas de un *collegio di sindaci* y un consejo de administración, a los que en las Cajas-asociaciones se sumaba la asamblea de socios. Si bien, para reforzar la pretendida "autonomía" de las Cajas de ahorros, el nombramiento del presidente y del vicepresidente no era competencia de la asamblea en las Cajas-asociaciones, ni de los fundadores en las Cajas-fundaciones, sino que, conforme al RDL 204/1938, de 24 de febrero, correspondía al Ministro del Tesoro, a propuesta del Gobernador de la Banca de Italia, previo informe del CICR.

Desde el punto de vista operativo, ya desde su nacimiento las Cajas de ahorros disfrutaban de un protagonismo más que significativo dentro del sistema bancario italiano; si bien, la complejidad de la entidad (que era al mismo tiempo un ente con finalidad no lucrativa, de interés general, y un instituto de crédito que desarrollaba una actividad en nada distinta a la del resto de las instituciones crediticias) se hizo ver tanto en la configuración de su control (90), como en la determinación de la autoridad que debía ejercerlo (91).

En cuanto a su actividad, las Cajas de ahorros se constituían como entes crediticios que no se limitaban a recoger fondos del público sino también a conceder créditos (92). La Ley de 1888 confirmó la relevancia de la función crediticia de las Cajas de ahorros, poniendo particular atención en el problema

(90) Un poder que llevaba consigo la posibilidad de disolver los órganos de gestión y de sustituirlos por un comisario gubernativo, así como la facultad de ordenar la disolución y la liquidación en caso de graves pérdidas (arts. 24 ss. de la Ley de 1888).

(91) El control se confió primero al Ministro del Interior y posteriormente al Ministro de Agricultura, Industria y Comercio; al respecto vid. INGROSSO, "Cassa di Risparmio", *Nuovo Dig. It.,* II, Turín, 1937, pp. 964 ss.

(92) Por lo que se refiere a la captación de recursos, las Cajas de ahorros podían captar fondos a medio plazo a través de bonos o depósitos en los límites en los que, según hubiesen recogido los respectivos estatutos, podían llevar a cabo operaciones de concesión de crédito más allá del corto plazo. Y es que en lo que se refiere a la concesión de créditos, la norma que limitaba la operatividad de las *aziende* más allá del corto plazo no se aplicaba a las Cajas de ahorros, por lo que se les permitía efectuar operaciones con duración superior al corto plazo y con los límites previstos por las normas estatutarias. En definitiva no eran completamente equiparables a las *aziende* de crédito (que tan sólo podían captar depósitos a corto plazo o a la vista), compartiendo también algunos caracteres de los *istituti* de crédito (que podían captar depósitos a medio y largo plazo). Sobre la distinción entre los *aziende* y los *istituti* vid. COSTI, *L' ordinamiento bancario,* cit., pp. 188 y ss. y "Sulla distintione fra azienda ed istituti di credito", Giur. Comm., 1983, I, pp. 745 ss..

de su consistencia patrimonial. Así, para reforzar la solidez de su patrimonio, dispuso la aplicación de nueve décimas partes de los beneficios a la formación de la "massa di rispetto". Con ello se pone de manifiesto que a pesar de que todos los estatutos de esta categoría de entes crediticios públicos preveían que una parte de los beneficios de la actividad fuese destinada a fines de beneficencia y asistencia (93), ya la Ley de 1888 iba a reservar, en lo que sería ya una constante, un papel secundario al reparto de fondos para dichos fines, a los que tan sólo se destinaba la parte de beneficios que no se destinaba a la constitución de diversas reservas legales y voluntarias (94). El ejercicio del crédito se considerará principal respecto a la actividad de beneficencia, asistencia y de pública utilidad (95).

La actividad crediticia de las Cajas de ahorros se iría asimilando cada vez más a la de las *aziende* de crédito, por lo que la Ley bancaria de 1926 (96) terminó equiparándolas a éstas y aplicándoles su estatuto, aunque salvando algunas disposiciones especiales. Esta equiparación continuó bajo la vigencia de la Ley bancaria de 1936 (97), pese a que las Cajas seguían disfrutando de toda una disciplina especial de carácter legal, administrativo y estatutario, tanto por el proceso de progresiva especialización de su actividad, como por las exigencias propias de la pública asistencia y previsión social que desempeñaban.

Las iniciativas de reforma legislativa de las Cajas de ahorros para favorecer conductas empresariales más eficientes fueron constantes (98), pero no encontramos una verdadera revisión de su régimen jurídico hasta los años ochenta.

---

(93) Vid. GIANNINI, "Istituti di credito e esercizi di interesse pubblico", *Mon. Cred.*, 1949, p. 114; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1953, vol.V, p. 410 y ROFFI, "Contributo allo studio degli istituti di credito di diritto pubblico di cui all'art. 25'1.º comma della legge bancaria", *Dir. Econ.*, 1968, pp. 284 ss.

(94) *Cfr.* art. 35 T.U. de 25 de abril de 1929, núm. 967, y Ley 371/1966, de 26 de mayo. En doctrina vid. CAMARDI, *Le Casse di risparmio,* Milán, 1988, pp. 158 ss. y OPPO, "Sulle erogazioni gratuite delle aziende di credito", *BBTC,* 1982, pp. 926 ss.

(95) Cfr. COSTI, *L'Ordinamento bancario,* Il Mulino, Bolonia, 1994, p. 214.

(96) Integrada por el RDL 1511/1926, de 7 de septiembre, y el RDL 1830/1926, de 6 de noviembre (convertidos en Ley 1107/1927, de 23 de junio y Ley 1108/1927, de 23 de junio).

(97) Integrada por el RDL 375/1936, de 12 de marzo y el DLey 1400/1937, de 17 de julio (convertidos en Ley 141/1938, de 7 de marzo y Ley 636/1938, de 7 de abril).

(98) Vid. CLARICH, *Le Casse di Risparmio*, cit., pp. 131 ss.

2. La reforma del sistema bancario italiano

Hasta los inicios de los años ochenta las Cajas de ahorros, como el resto de los intermediarios crediticios, actuaban en un mercado fuertemente segmentado, donde la distinción por categorías jurídicas conservaba una notable relevancia [99]. Un mercado cerrado que, si bien aseguraba cierta estabilidad, eliminaba cualquier estímulo a la competencia, tanto desde el punto de vista de los intermediarios que en él actuaban (dada su especialización sectorial y operativa), como desde el de sus posibles competidores extranjeros (por el obstáculo que suponía para éstos la necesidad de autorización por parte de las autoridades crediticias). Todo ello en coherencia con la concepción de la empresa bancaria que sienta la Ley bancaria de 1936 no como empresa-derecho sino como empresa-función, sujeta al poder de dirección de la autoridad gubernativa y dirigida normalmente a la consecución de intereses de carácter general, y de la actividad bancaria como "servicio público" en sentido objetivo [100].

Pero, a principios de los años ochenta dos circunstancias, una interna y otra externa al mercado italiano, impulsan al sistema bancario al logro de niveles más altos de eficiencia y a regirse según la lógica del mercado y de la empresa. Por un lado, la innovación financiera y la aparición de nuevos intermediarios financieros y, por otro, el nuevo marco competencial que representaba su incorporación a la Comunidad Económica Europea que, sobre la base del mutuo reconocimiento impuesto por las Directivas comunitarias, obligaba a abandonar la idea del Estado protector de su mercado interior.

La necesidad de ampliar el ámbito operativo y la gama de productos financieros que podían ofrecer los intermediarios obligaba a reducir las diferencias entre las actividades que cada uno desarrollaba, eliminando la segmentación que hasta entonces había caracterizado al mercado crediticio italiano. Se inicia

---

[99] Aunque la distinción entre *istituti* y *aziende* se atenuó con la Ley 933/1940, de 10 de junio, y con el Decreto CPS de 23 de agosto de 1946, núm. 370, que declaró aplicables a todos los *istituti* que captasen depósitos a medio y largo plazo las normas de las *aziende,* el art. 14 de la Ley 23/1981, de 10 de febrero, elimina la uniformidad de las entidades e instaura de nuevo la distinción en su tratamiento jurídico cuando establece que "a los institutos o entes que tienen por objeto la captación de depósitos a medio y largo plazo se aplican las disposiciones de los títulos V, VI, VII y VIII del RDL 375/1936, de 12 de marzo, convertido en Ley 141/1937, de 7 de marzo, y sucesivas modificaciones e integraciones, a excepción de las recogidas en los arts. 32, 33 y 35".

[100] Vid. CASSESE, "La preparazione della riforma bancaria del 1936 in Italia", *Storia cont.*, pp. 3 ss. y GIANNINI, "Problemi della banca come impresa", *BBTC,* 1981, I, p. 391.

así un proceso de *desespecialización bancaria* (101) que trataría de terminar con la afirmación de que a distinta categoría de intermediario corresponde una diversa modalidad operativa. Consagrar dicho propósito obligaba a eliminar cualquier vínculo jurídico (legal, administrativo o estatutario) que limitara el ámbito operativo de los entes crediticios y que impidiera operaciones de concentración entre las distintas categorías de entes (102). Así, si bien es cierto que en un primer momento permanecía la especialización más importante, la establecida sobre las categorías de *azienda* e *istituto* (103), se advierte cómo todos los intermediarios prescinden de su calificación jurídica para enriquecer sus productos y servicios financieros y ampliar su objeto social; al tiempo que se recompone la competencia territorial de los entes, eliminándose para las *aziende* cualquier límite al ámbito territorial de su actividad y ampliándose el ámbito territorial de los *istituti*.

A este fenómeno debemos añadir la aparición de nuevos intermediarios, diversos a los bancarios, que introducían títulos y formas de intermediación atípicos que determinaban una profunda contracción de la actividad bancaria tradicional, dando lugar a lo que conocemos como *desintermediación bancaria*. Los nuevos intermediarios ofrecen a los ahorradores formas de inversión del ahorro no expuestas al riesgo de una depreciación monetaria, y ponen a disposición de las empresas una financiación que, por razones conexas a los vínculos impuestos por las exigencias de la política monetaria, la banca no podía garanti-

(101) Sobre la necesidad de que el sistema bancario se dirigiese hacia un proceso de desespecialización vid. MERUSI, "Tre obiettivi per un cannone: la privatizzazione delle banche pubbliche in Italia", *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, dir. S. Amorosino, Giuffrè, Milán, 1991, p. 171 y RUOZI, "L'integrazione e la globalizzazione dei mercati finanziari, l'evoluzione degli intermediari e la situazione peculiare delle Casse di risparmio italiane", *La legge 30 luglio 1990, núm. 218. Contributi per la ristrutturazione delle Casse di risparmio e delle Banche del monte*, Roma, ACRI, 1991, p. 6. Sobre la relevancia del papel que en el desarrollo del sistema financiero juega, junto a la desespecialización de los intermediarios, la innovación financiera y la liberalización vid. TORCHIA, "L'ordinamento settoriale dell'attività creditizia e finanziaria in Italia", *La legge 30 luglio 1990, núm. 218. Contributi per la ristrutturazione delle Casse di risparmio e delle Banche del monte,* cit., pp. 11 ss. Por último, sobre la transformación de las Cajas de Ahorros como punto de llegada del proceso de "desespecialización" vid. la introducción a AA. VV. *Le Casse di Risparmio tra localismo e despecializzazione*, dir. Locatelli, Giuffrè, Milán, 1998.

(102) La ley bancaria excluía a los Institutos de credito de derecho público de los procedimientos de fusión, por lo que tales operaciones solo podían plantearse respecto de las Cajas de ahorro y los Montes de piedad (*cfr.* MOLLE, *La banca nell'ordinamento giuridico italiano*, Milán, 1980, pp. 289 ss.; MERUSI, *Trasformazione della banca pubblica,* cit., pp. 32 ss. y D'ACUNTI, "Riflessioni su alcuni profili d'apice della normazione di riforma degli enti creditizi pubblici", *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, cit., p. 72).

(103) Vid. supra notas núms. 92 y 99.

zar [104]. Los entes crediticios se ven obligados a salir del "sector bancario" y a ocupar nuevos sectores del mercado financiero [105], con especial interés por la actividad del mercado mobiliario, en el que la banca no se puede limitar, como antes, a un papel de mero negociador, sino que extiende su actividad a la gestión y asesoramiento de la inversión en valores mobiliarios. Situación que, por otro lado, exigía la delimitación de los distintos sectores del mercado financiero (crediticio, mobiliario y asegurativo), así como su coordinación.

La *desespecialización* y *desintermediación* bancaria o, lo que es igual, la expansión de la actividad de los entes y el nacimiento de nuevos intermediarios, devolvían a toda la banca el estímulo de la competencia y la llevaban a moverse sobre la base de criterios "empresariales". Para ello era indispensable remover cualquier obstáculo normativo que impidiese tal libertad de empresa, pero sin que ello supusiese eliminar los instrumentos de control que la propia actividad bancaria exigía, sino configurar nuevas formas de vigilancia. Estas dos exigencias no tardarían en concretarse en una remoción de los vínculos a la apertura y a la operatividad de la banca, y en una actividad de vigilancia sobre los intermediarios planteada sobre criterios de adecuación patrimonial, respetuosos con la autonomía de los administradores en la asignación de los recursos financieros.

A su vez, con la integración del mercado bancario italiano en el mercado europeo y la desaparición de cualquier forma de protección burocrática frente a las entidades de otros países de la Comunidad, apremiaba la necesidad de adecuar la operatividad de la banca italiana para que no se colocase en condición de inferioridad institucional en relación al mercado crediticio internacional, y más concretamente al nuevo contexto normativo y competencial que suponía el mercado único europeo [106]. Sin olvidar que la racionalización del sistema jurídico y económico de la Comunidad europea exigía la imposición de reglas

---

(104) *Cfr.* COSTI, *L'Ordinamento bancario,* cit., p. 52.

(105) *Cfr.* PORZIO, "Il concetto d'attività bancaria", *L'attività parabancaria,* Giuffrè, Milán, 1987, pp. 21 ss.

(106) Como ponía de manifiesto la Banca de Italia ("Ordinamento degli enti pubblici creditizi. Analisi e prospettive", *Boll. della Banca d'Italia,* núm. 1-2, enero-junio 1981, p. 7), se trataba de transformar el elemento "competencia" de factor residual a factor principal del ordenamiento bancario, aun cuando el elemento sea internacionalizado por la inclusión del crédito entre las materias disciplinadas por la CEE y, por ello, por la necesaria extensión al ordenamiento italiano de las reglas sobre la libre competencia propias del Tratado CEE. Como había ocurrido en el sistema asegurativo, era necesario en el crediticio que el Estado italiano diese actuación a las medidas de liberalización previstas en las Directivas comunitarias y, en definitiva, que se adecuase su régimen jurídico a la realización del principal objetivo fijado en el Acta Única Europea —ratificado por Italia por la Ley 909/1986, de 23 de diciembre— la instauración de un mercado interno, conforme a los principios que debían configurar la Constitución económica europea, entre otros, el *principio de la igualdad formal*, sobre la base de que

comunes para el ejercicio de la empresa bancaria por todos los operadores a nivel europeo.

No obstante lo expuesto, eran evidentes las dificultades que numerosos entes crediticios tenían para alcanzar niveles adecuados de capitalización y concentración, elementos esenciales para lograr su operatividad y eficiencia ante el aumento de los riesgos de la actividad financiera.

La primera disposición que trata de adecuar el ordenamiento bancario a las nuevas circunstancias es el Decreto del Presidente de la República de 27 de junio de 1985, núm. 350, de adaptación de la normativa italiana a la Primera Directiva en materia crediticia (107), que declara ante todo que el acceso a la actividad bancaria y la articulación organizativa de la entidad bancaria constituyen el ejercicio de un derecho (108). Esta nueva concepción de la actividad bancaria como "empresa-derecho" tuvo su inmediato reflejo en la configuración del control de los entes crediticios, con normas de vigilancia generales, de carácter objetivo y con el fin único de garantizar su liquidez y estabilidad.

Pero, la lógica de empresa imponía a los entes crediticios una mayor libertad operativa, aunque también mayores riesgos, con lo que no era suficiente que

---

resulta inaceptable cualquier discriminación en razón de la nacionalidad, y el *principio de la igualdad de las libertades económicas* (vid. SORACE, "Il governo dell'economia", *Manuale di diritto pubblico,* III, *L'azione dei pubblici poteri*, dir. Amato y Barbeta, Bolonia, Il Mulino, 1997, pp. 143 ss.). Sobre los problemas relativos a la constitución de un sistema efectivamente competencial vid. CESARINI, "Alcuni suggerimenti per una maggiore concorrenzialità nell'industria bancaria", *L'industria*, 1980, pp. 451 ss.; mientras que sobre la incidencia de la Unión monetaria en el sistema bancario italiano vid. COSTI, "Unione monetaria europea e ordinamenti nazionali della moneta, del credito e del sistema dei pagamenti", *BISoc.*, 1990, pp. 65 ss.; FAZIO, "Problemi dell'integrazione monetaria e finanziaria dell'Europa", *Economia it.*, 1989, pp. 212 ss.; y CIOCCA, "L'unione Monetaria d'Europa fra politica ed economia", *L'impresa bancaria*, 1990, núm. 3, pp. 13 ss.). Algunos, como RANCI ("Una cronata ragionata", *Le Fondazioni bancarie italiane verso l'attività grant-making*, dir. Ranci y Barbetta, Turín, Contributi di ricerca della Fondazione Agnelli, 1996, p. 11) han llegado a afirmar que si no hubiese sido por la presión externa que supone adecuar el mercado italiano al mercado comunitario, la transformación de la banca no se hubiese operado con tanta presteza y eficacia.

(107) *Attuazione della direttiva, in data 12 dicembre 1977, del Consiglio delle Comunità europee núm. 77/780 in materia creditizia, in aplicazione della l.5 marzo 1985* (*G.U.* 15-7-1985, núm. 165). Sobre las disposiciones que han adaptado la Directiva 77/780/CEE, vid. DESIDERIO, "Le norme di ricevimento della direttiva comunitaria 780/77", *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale della Banca d'Italia*, Roma, 1986 y NIGRO, "Il d.P.R. núm. 350 del 1985 e la legge bancaria: l'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia", *Studi per Mario Nigro*, Milán, 1991, II, pp. 273 ss.

(108) La configuración de la empresa bancaria como empresa-derecho y no como empresa-función ya era defendida a la luz del ordenamiento constitucional por parte de la doctrina italiana (*cfr.* MINERVINI, "Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata", *Riv. Dir. Civ.,* 1958, pp. 26 ss. y SANTINI, "Le teorie dell'imprese", *Riv. Dir. Civ.,* 1970, I, p. 405).

el legislador liberase a las entidades de los vínculos que pudiesen entorpecer una gestión eficiente de la empresa, sino que era necesaria una estructura organizativa idónea para dotarse de los fondos propios necesarios con los que hacer frente a aquellos riesgos. Además, aunque los problemas para la integración y la globalización de los mercados afectaban a todos los entes crediticios, era la banca pública, entre la que como ya hemos señalado encontramos a las Cajas de ahorros, la más afectada dada su configuración organizativa, operativa y la estructura de su fondo dotacional, lo que resulta era especialmente preocupante para el sistema crediticio italiano teniendo en cuenta que era precisamente el sector crediticio público el componente dominante de su mercado bancario (109).

Los entes crediticios públicos se caracterizaban por la falta de controles internos, por la injerencia externa en la gestión y por una política de gestión guiada más por criterios burocráticos que empresariales, lo que sin duda comprometía su eficiencia y competitividad (110). Por otro lado, la mayoría de los

(109) Como puso de manifiesto el Informe del Gobernador de la Banca de Italia para 1988 (vid. en BANCA D'ITALIA, *Considerazioni finali*, mayo 1989, p. 369), la banca pública italiana representaba por aquel entonces el 65% del total de recursos captados. De hecho, no se puede negar que la política crediticia favorecía también el desarrollo de la banca pública al establecer una rígida disciplina sobre las dimensiones de las entidades, bien por los obstáculos dispuestos a la constitución de nuevas entidades de crédito, bien por la política de autorizaciones a la apertura de nuevas sucursales bancarias consagrada por la ley bancaria.

(110) De la ineficiencia de la banca pública ya nos hablaba la primera memoria de la Banca de Italia sobre el ordenamiento de los entes públicos crediticios en lo que constituiría el punto de partida de toda la reforma posterior (BANCA D'ITALIA, *Ordinamento degli enti pubblici creditizi,* gennaio-giugno, 1981). Mantenían la inidoneidad de estos factores para el adecuado crecimiento y equilibrio patrimonial de la banca pública CAPRIGLIONE ["Privatizzazioni e mercato: le fondazioni bancarie", *BBTC*, 1996, I, pp. 340 ss.; y "Evoluzione del sistema finanziario italiano e riforme legislative (prime riflessioni sulla legge 'Amato')", *La ristrutturazione delle banche pubbliche,* cit., p. 25]; SERRA ("La ristrutturazione degli Istituti di Credito di Diritto Pubblico: profilo societari", *La ristrutturazione delle banche pubbliche,* cit., p. 55); PREDA (*Gli enti conferenti tra il pubblico e il privato: contributi e proposte*, Actas al Congreso de 31 de enero de 1995, Roma, ACRI, pp. 103 ss.); y TREQUATTRIN ("Da banche pubbliche a banche del pubblico; il testo unico e il processo di privatizzazione", cit., p. 32). En contra de la afirmación de una "ineficacia connatural" de la banca pública vid. MOLINARI, "Lo sviluppo strategico del sistema Casse", Actas al Congreso *La privatizzazione delle Casse di Risparmio*, Lerici, 1995; AMOROSINO, "Il procedimento amministrativo d'approvazione della ristrutturazione degli enti creditizi pubblici", *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, cit., p. 131 y PORZIO, "Le c.d. 'fondazioni bancarie': mostri o modello?", *Dir. banca finanz.*, 2001, p. 6, este último en la afirmación de que la ineficiencia en la banca también existía en la privada como lo demostró la crisis del Banco Ambrosiano.

Aun tratándose de un debate que alcanza a un análisis más general sobre la intervención pública en la economía, es indudable que las entidades bancarias públicas estaban sometidas a un control de mercado y de la propiedad menos penetrante que aquél que era propio de las empresas privadas (vid. CIARDELLO y LACAITA, *Diritto ed economia*, 1989, pp. 117 ss.).

entes crediticios públicos estaban dotados de una estructura fundacional [111], lo que determinaba una inadecuación forma-actividad aún mayor, ya que su organización interna no hacía posible una separación idónea entre los órganos de gestión y los órganos de control de los resultados de la gestión [112].

Además, a pesar de que en la lógica competencial comunitaria constituía un presupuesto imprescindible para el redimensionamento de la capacidad operativa de los entes crediticios alcanzar mayores niveles de liquidez patrimonial y toda vez que aquella llevaba consigo un mayor riesgo económico que sólo podía afrontarse con un incremento de los fondos propios a través de la captación de capital riesgo, los límites a la recapitalización de la banca pública resultaban evidentes. Estos entes no podían incrementar los fondos sino a través de la autofinanciación, encontrándose en una posición de inferioridad institucional frente a otras entidades de crédito que podían incrementar sus fondos propios colocando en el mercado títulos representativos de capital de riesgo. De modo que los graves problemas de crecimiento y desequilibrio patrimonial de estos entes sólo podían solventarse permitiendo a la banca pública el recurso a la financiación externa y especialmente al mercado financiero, a través de la emisión de títulos de distinta naturaleza o a través de otras formas específicamente adaptadas a la naturaleza jurídica de estos sujetos, para aumentar el propio capital, con la finalidad de salvar su "infracapitalización" sin endeudar la finanza pública [113].

También en consideración a la fortaleza patrimonial de las entidades públicas de crédito, hay que tener presente que éstas eran numerosas, pero sobre todo de pequeña o mediana dimensión, sin que ni siquiera aquéllas de mayores dimensiones alcanzaran entidad suficiente en relación a sus más directas competidoras extranjeras. Pese a lo cual, la imposibilidad para la banca pública de ser

---

(111) Entre las *aziende* sólo la *Banca Nazionale del Lavoro* tenía una estructura asociativa, el resto fundacional, incluso las denominadas Cajas-asociaciones (vid. COSTI, *L'Ordinamento bancario,* cit., p. 312).

(112) Vid. COSTI, "Per la riforma delle Casse di Risparmio: le indicazioni della Banca d'Italia", *Giur. Comm.,* 1982, I, pp. 283 ss.; y "La riforma delle Casse di Risparmio: problemi giuridici (relazione presentata al Convegno su 'Problemi istituzionali delle Casse di Risparmio italiane, anche alla luce degli orientamenti comunitari e delle esperienze degli altri Stati Europei, Bologna, 20 marzo 1982)", *Giur. Comm.,* 1982, I, pp. 456 ss.

(113) La autofinanciación practicada por la banca pública, a través de una política de retención de beneficios producidos y no distribuidos, no podía asegurar por sí sola los medios propios adicionales necesarios para la expansión de la actividad empresarial, ni siquiera podía garantizar su propia supervivencia. (*cfr.* RUOZI, "Aspetti generali della Legge 30 luglio 1990, num. 218 ed il Decreto Legislativo 20 novembre 1990, num. 356", *La legge 30 luglio 1990, num. 218. Contributi per la ristrutturazione delle Casse di Risparmio e delle Banche del Monte*, cit., p. 7).

absorbida por entes que no fuesen públicos limitaba las concentraciones al área pública, haciéndolas escasamente útiles para alcanzar niveles de competitividad óptimos.

Por otro lado, la tipología de la banca pública no era unitaria, por el contrario, nos encontramos con distintas categorías que tenían sus propios perfiles (114). Y, si bien no puede calificarse como un defecto esta "pluralidad" de tipos organizativos, es indudable que hacía más dificultosa aún la adopción de medidas uniformes para todos los operadores bancarios.

Con estas premisas y dificultades, la reforma de las Cajas de ahorros y con carácter general la reestructuración de la banca pública (115) se acomete en un primer momento a través de disposiciones administrativas dirigidas a la reforma estatutaria de los entes crediticios y, posteriomente, a través de una profunda reforma legal, iniciada en 1990 y que culmina con el TUB, que derogará las disposiciones legislativas que todavía caracterizaban y frenaban su operatividad.

A) La reforma administrativa del sistema bancario

El primer paso para la reforma de los entes crediticios públicos lo encontramos al inicio de los años ochenta, cuando las autoridades de vigilancia propugnaron por vía administrativa una reforma estatutaria de los mismos (116).

Frente a las carencias ya apuntadas, la modificación estatutaria tendría como primer objetivo lograr que la gestión de la entidad crediticia se adecuase a criterios de mercado, dotándola de un modelo organizativo similar al de las

---

(114) Pluralidad de "tipologías" que debemos poner en estrecha conexión con el principio de atipicidad de los entes públicos (*cfr.* BELLI, "La riforma delle banche pubbliche. Una nota sui profili generali", *Studi in Memoria di Guglielmo Roehrssen,* Padua, Cedam, 1991, p. 64). De hecho se consideraba preferible hablar de bancas públicas más que de *banca* pública (*cfr.* COSTI, *L'Ordinamento bancario*, cit., pp. 174 ss. y CASSESE, "Le società bancarie pubbliche", *Bancaria,* 1988, pp. 3 ss.).

(115) Son de destacar como documentos precursores de esta reforma las dos memorias de la Banca de Italia de los años 1981 y 1988 ("Ordinamento degli enti pubblici creditizi. Analisi e prospettive", cit., pp. 7 ss.; y "Ordinamento degli enti pubblici creditizi. L'adozione del modello della Società per azioni", *Boll.Econ.*, 1988, núm. 10, y *BBTC*, 1988, I, pp. 416 ss.). Para un encuadramiento histórico de la génesis de este proceso normativo vid CAMMARANO, "La riforma bancaria del 1990: un'analisi della sua preparazione", *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia,* núm. 26, Roma, 1992, pp. 11 ss.

(116) Sobre los puntos en los que se considera oportuno intervenir en esta reforma de la banca pública vid. MERUSI, *Trasformazione della banca pubblica,* cit., pp. 10 ss. En particular, respecto a la reforma estatutaria de las Cajas de ahorro vid. RUTA, "La riforma istituzionale delle casse di risparmio tra intervento legislativo e modifiche statutaria", *BBTC,* 1986, I, pp. 651 ss.

sociedades por acciones capaz de favorecer conductas empresariales eficientes [117]. Para ello, los nuevos estatutos debían contemplar como objeto exclusivo de la entidad de crédito el ejercicio de la actividad bancaria, con lo que se excluía cualquier otra actividad de "carácter social" presente en la actividad de algunos institutos. Con ello no se perseguía erradicar cualquier fin de interés social de estas entidades, sino "transformar" la conexión existente entre la actividad bancaria y el interés público limitándola a la aplicación de los beneficios de la actividad bancaria a fines públicos (beneficencia, asistencia y utilidad pública) [118].

En segundo lugar, se pretendía eliminar la coincidencia entre los órganos de gestión y los órganos de dirección y control, típica de los institutos con estructura fundacional, y asegurar no solo una distribución más racional de los poderes, distinguiendo los órganos de dirección, de vigilancia y de gestión, sino una mayor dialéctica interna entre los órganos de estas entidades. Frente a la práctica tradicional de las Cajas-fundaciones, en las que el único órgano activo era el Consejo de administración, competente tanto para la gestión del ente como para la aprobación del balance de ejercicio, se pasa a atribuir en todas ellas la función administrativa a un Comité ejecutivo o de gestión y los poderes de control, dirección y vigilancia a un Consejo de administración. En las Cajas-asociaciones el nombramiento de los componentes del Consejo de administración (a excepción del presidente y vicepresidente de nombramiento gubernativo), así como la aprobación del balance, correspondería a la Asamblea.

Por último, la reforma estatutaria trataba de incrementar la consistencia patrimonial de los entes crediticios públicos [119]. La reforma hacía posible que los entes crediticios públicos pudieran recurrir al capital de riesgo externo, pese

---

(117) Apuntará MINERVINI, "Una rivoluzione silenziosa per le banche pubbliche", *Mezzogiorno d'Europa*, 1981, p. 411 que la estructura organizativa que se propugna para los entes crediticios públicos no era tan similar al modelo italiano de sociedad por accciones como al alemán.

(118) A juicio de algunos autores (*cfr.* DEMATTE, *Gli enti conferenti tra il pubblico e il privato: contributi e proposte*, cit., p. 97), la normativa de la Unión europea imponía que la actividad crediticia sea actividad empresarial desarrollada en condiciones de competencia, sin distorsiones que alteren el funcionamiento de los mercados, lo que constituye un impedimento a la posibilidad de desarrollar obras de promoción social a través del ejercicio del crédito. Por lo que, en definitiva, la actividad crediticia ya no podía constituir una actividad de asistencia y beneficencia.

(119) Sobre los motivos y las posibles articulaciones de la problemática de la recapitalización vid. Actas al Congreso AREL, *La ricapitalizzazione del sistema bancario*, Bolonia, 1982; PORTALE "La ricapitalizzazione delle aziende di credito (problemi e ipotesi)", *Ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato,* dir. G.B. Portale, Milán, 1983; ANDREATTA, "Efficienza operativa ed economicità di gestione nella logica della ricapitalizzazione delle Casse di Risparmio", *BISoc.*, núm. 0, 1982, pp. 45 ss.; y MERUSI, "La ricapitalizzazione delle banche pubbliche", *BBTC,* 1983, I, pp. 140 ss.

a conservar su estructura y naturaleza públicas, eliminando la condición de inferioridad en la que se encontraban hasta entonces al confiar la dotación de sus fondos exclusivamente al autofinanciamiento o a las subvenciones del Ministerio del Tesoro. Para ello, se preveía la emisión de *cuotas de participación,* siempre en medida inferior al fondo de dotación público, que atribuían a los inversores el poder de concurrir al nombramiento de una parte de los componentes del Consejo de Administración, con lo que el modelo de ente público con estructura "fundacional" venía a asumir ciertas notas propias de los entes asociativos de control público (120); de *cuotas de ahorro* que, construidas sobre el modelo de las acciones sin voto del Derecho societario, atribuían a los inversores particulares privilegios patrimoniales aunque no administrativos; y de *cuotas de ahorro participativo* que se colocaban a medio camino entre las dos anteriores (121). En cualquier caso, la entrada de sujetos privados en estos entes ni puso en tela de juicio su naturaleza pública ni comprometía el control público sobre la empresa bancaria (122).

B) La reforma legislativa del sistema bancario: la Ley 218/1990 y el D.Lgs. 356/1990

a) *La adopción del modelo de la sociedad por acciones*

Los límites de la reforma estatutaria pronto se hicieron evidentes (123) y los entes crediticios públicos continuaron manteniendo una clara situación de inferioridad con respecto a los que adoptaban el modelo de la sociedad por acciones.

---

(120) *Cfr.* COSTI, *L'Ordinamento bancario,* cit., p. 206.

(121) Sobre estos instrumentos, vid. COSTI, "La ripatrimonializzazione delle Casse di risparmio", *Ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato,* Giuffrè, Milán, 1983, p. 319 y LENER, "Osservazioni in tema di emissione di "quote di risparmio" da parte di casse di risparmio. Commento alla sentenza della Corte di Appello di Firenze di 20 maggio 1991", *BBTC*, 1991, II, pp. 459 ss.; y "La Cassazione chiude il dibattio sulla natura delle "quote" delle Casse di Risparmio?", *BBTC*, 1995, II, pp. 531 ss.

(122) Para un análisis detallado de esta reforma administrativa vid. MERUSI, *Trasformazione della banca pubblica,* cit., pp. 75 ss. Vid. además RUTA, "Modifiche statutarie delle casse di risparmio con particolare riferimento all'immissione di capitale privato: riflessi sulla struttura delle casse di risparmio", *Dir. Fall.,* 1985-I, pp. 448 ss. y "La riforma istituzionale delle Casse di Risparmio tra intervento legislativo e modifiche statutarie", *BBTC*, 1986, I, pp. 651 ss.

(123) Ya señalaba LAMANDA, "La riforma della banca pubblica", *Riv. Soc.,* 1986, II, p. 871, que la reestructuración de la banca pública no se podía llevar a cabo con el resultado esperado a través de una mera modificación de los estatutos, porque se trataba de incidir sobre una amplia parte del sistema, sobre mecanismos que tenían una extensa pluralidad de relaciones con sujetos de la sociedad política y civil.

Pese a que estas entidades se dirigieron al mercado con la emisión de cuotas de ahorro y de participación, la autofinanciación representaba todavía una importantísima fuente de incremento patrimonial. Las cuotas emitidas poco tenían que hacer frente a las acciones. La "atipicidad" de los títulos emitidos por los entes públicos era incompatible con su colocación en el mercado mobiliario y, en cualquier caso, no ofrecían ni la misma rentabilidad (124) ni la misma certeza al posible inversor que las acciones, amparadas en una consolidada normativa de tutela y protección del capital social (125). Consecuentemente, todavía eran patentes los límites institucionales que presentaban los entes crediticios públicos en cuanto al acceso al mercado de capitales y las dificultades del sector para lograr su recapitalización. Además, el modelo del ente público continuaba obstaculizando la dialéctica interna entre el órgano de gestión y el de control y los problemas de dimensión seguían latentes, ya que su particular estructura impedía llevar a cabo procesos de concentración con otros entes crediticios públicos o privados.

Por otro lado, la eficacia de las decisiones a adoptar en el ejercicio de la actividad bancaria se seguía viendo entorpecida por la presencia en el mismo ente de un fin público. En el ente público económico se solapaban la actividad bancaria y aquélla otra benéfico-social, lo que provocaba que conviviesen bajo un solo cuerpo jurídico dos formas de valorar y asumir decisiones: por una parte el ente público, sujeto a las directivas y objetivos de la opción política prevalente; y por otro el ente económico, guiado por el objetivo de equilibrar el balance y optimizar los resultados (126).

Estos factores llevan a acometer una nueva etapa en la reforma de la situación estructural y operativa de los entes crediticios públicos italianos, y, destacadamente, de las Cajas de ahorros; "era necesario eliminar la confusión que en

---

(124) La necesidad de lograr ciertos objetivos de utilidad pública, reforzada por la ausencia de accionistas "exigentes" a los que rendir cuentas, se desvelaban como factores que reducían notablemente la rentabilidad de los bancos públicos frente a sus competidores privados (vid. PREDA, "Le prospettive delle fondazioni bancarie e gli assetti proprietari del sistema creditizio", *Risparmio*, núm. 1, enero-febrero, 1996, p. 14; y BARBETTA/RANCI, "Sommario e conclusioni", cit., p. 2).

(125) El ejemplo más claro lo encontramos en una de las primeras Cajas de ahorro que emitieron aquellas cuotas, la de *Prato*, cuyo *crack* arrastró al Fondo de garantía de depósitos.

(126) Mantiene SEGRE (*Gli enti conferenti tra il pubblico e il privato: contributi e proposte*, cit., pp. 76 ss.), que la conexión de intereses que convivían en el ente público económico sólo casualmente podían coincidir suministrando un flujo de directivas homogéneos; con más frecuencia las dos líneas de conducta entraban en conflicto y ponían en tela de juicio la existencia misma del sujeto.

estos entes existía entre los fines públicos y la gestión empresarial [...] separar las dos almas que conviven dentro del ente público crediticio, la obra pía y la propia del empresario bancario. Y esta separación no podía ser realizada sino a través de la creación de dos entes, o sea, una obra pía y un ente crediticio, que la formalizase" (127).

La reforma, esta vez legal, se lleva a cabo a través de la Ley 218/1990, de 30 de julio (también conocida como "Ley Amato-Carli") (128) y el Decreto Legislativo 356/1990, de 20 de noviembre (129), que acometen no sólo la reestructuración de la banca pública italiana, sino en general una reorganización del sistema crediticio (130).

En cuanto a las motivaciones de la Ley 218/1990, su Exposición de Motivos ya pone de manifiesto la idea de que el sistema público bancario italiano carece de los instrumentos adecuados para afrontar el nuevo contexto competitivo. La Ley 218/1990 no duda en atribuir esta carencia a las serias limitaciones de la operatividad de aquél, determinada por el mantenimiento de una estructu-

---

(127) *Cfr.* COSTI, *L'Ordinamento bancario,* cit., p. 307. En el mismo sentido DE FRANCISCO ("La separazione tra fondazione e società bancaria; un'analisi della situazione a tre anni dall'entrata in vigore della legge Amato", *B.B.,* núms. 8/9, 1994, p. 596) entiende que sólo con la separación es posible optimizar la capacidad de ambos sujetos para desarrollar la propia función institucional de forma independiente.

(128) *Disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli Istituti di credito di diritto pubblico* (*G.U.* 6-8-1990, núm. 182).

(129) *Disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio* (*G.U.* 3-12-1990, núm. 282).

(130) Aunque las normas tienen por objeto principal la reorganización de la banca pública, en realidad suponen, como puso de manifiesto PREDIERI ("La legge Amato nel processo di riassetto normativo dei mercati creditizi e finanziari", *La ristrutturazione delle banche pubbliche,* cit., p. 183), una global reorganización del sistema crediticio. Se ha de tener en cuenta además que es prerrogativa del sector crediticio ser protagonista de todo cambio de las estructuras económicas. Las razones se buscan en la *"centralità dell'intermediazione",* por la que cualquier tendencia de política económica debe colocar a la banca entre las prioridades de sus intervenciones (*cfr.* LAMANDA, "Da Fondazioni bancarie ad enti 'non profit': natura giuridica e rapporti con il Ministero del Tesoro", *Riv. Soc.* 1995-I, p. 48). En el mismo sentido vid. además la *Relazione* a la Ley 218/1990, Atti par., X legis., Camera dei Dep., doc. núm. 3124/A; VACIAGO, "L'integrazione finanziaria in Europa: costi e benefici per l'Italia", *Europa conviene?*, dir. Amato y Salvatori, Bari, 1990, pp. 119 ss.; y BANCA D'ITALIA, "Ordinamento degli enti pubblici creditizi. L'adozione del modello della Società per azioni", cit., p. 45.

ra institucional obsoleta y la exclusión de la posibilidad de asumir modelos organizativos y criterios de funcionamiento más eficientes (131).

La reforma parte del presupuesto del carácter de "empresa" de la actividad bancaria con independencia de la naturaleza del sujeto que la desarrolle (132), aunque realmente el carácter empresarial de la actividad bancaria no fue en ningún momento puesto en duda. A nivel normativo, ya el art. 1.1 del DPR 350/1985 afirmaba, al tratar de la disciplina sobre la autorización del ejercicio de la actividad bancaria, que tal actividad "tiene carácter de empresa, independientemente de la naturaleza pública o privada de los entes que la ejercitan" (133), y el art. 2195 Cc declaraba sujetos a la obligación de inscripción en el *registro delle imprese* a los empresarios que desarrollasen "una actividad bancaria". La afirmación no era irrelevante ya que imponía, en ausencia de una disciplina específica, la aplicación a la actividad bancaria desarrollada por los

---

(131) Sobre las motivaciones que impulsaron a la reforma "legal" del sistema bancario vid. GALANTI, "Le S.p.A. bancarie pubbliche verso la privatizzazione: la Direttiva del Ministro del Tesoro del 18 novembre 1994", *BBTC,* 1995, I, p. 372; y CAMMARANO, "La riforma bancaria del 1990: un analisi della sua preparazione", cit., pp. 31 ss. Advierte la necesidad de reforzar el sistema bancario mediante su recapitalización, el estímulo a la "imprenditorialità" y a las condiciones de competencia RANCI, "Gli enti conferenti e il settore non profit", *Gli enti conferenti tra il pubblico e il privato: contributi e proposte*, cit., p. 153.

(132) Ya en el Informe de la Banca de Italia de 1986 (*Considerazioni finali*, mayo 1987, p. 358), se puso de manifiesto que "la misma lógica económica que impone a los entes crediticios privados remunerar a los titulares del capital y competir para atraer los fondos patrimoniales necesarios, debe aplicarse a los bancos y a los institutos de crédito pertenecientes al sector público; el ordenamiento jurídico deberá ser modificado cuando constituya un obstáculo. Así lo exige el principio de libre competencia, que la ley define con independencia de la naturaleza pública o privada de la empresa". En la consideración de que el fundamento de la Ley 218/1990 está en el reconocimiento de la naturaleza empresarial de la actividad bancaria y en la pérdida de su connotación de servicio público vid. BARBETTA/RANCI, "Le fondazioni bancarie come strumenti di crescita civile", *Il Mulino,* 1995, II, núm. 6, p. 1109. Al respecto vid. además CAMMARANO, "La riforma bancaria del 1990: un'analisi della sua preparazione", cit., p. 15; ROVINI, "Le operazioni di ristrutturazione e gli enti conferenti", *Dall'ente pubblico creditizio alla società per azioni (Commento sistematico alla L.218/1990)*, cit., p. 162; CIOCCA, "Concorrenza e concentrazione nel sistema finanziario italiano", *Boll. Econ.*, núm. 32, febrero, 1999, p. 60; y CARRIERO, "Norme di protezione dell'utente dei servizi bancari e finanziari: taluni effetti economici", *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale (Studi in materia bancaria e finanziaria)*, 1996, pp. 30 ss., este último en relación a las implicaciones que la transformación de la empresa *función* a la empresa *tout court* tiene en materia de contratación financiera.

(133) *Cfr.* MACCARONE, "Prime considerazioni sulla legge d'attuazione della Direttiva núm. 780 del 12 dicembre 1977", *BBTC*, 1986, I, pp. 171-188; PORZIO, "La legislazione italiana d'attuazione della Direttiva CEE 77/780. Prime riflessioni", *Mezzogiorno d'Europa*, 1985, pp. 383 ss.; y CAPRIGLIONE, "Ordinamento comunitario, disciplina bancaria e regioni a statuto speciale", *Temi di discussione*, Servizio studi della Banca d'Italia, núm. 51, pp. 18 ss.

entes públicos de las mismas normas que regulaban la actividad bancaria de los entes privados [134]. Además, a pesar de que el art. 49.1 del D.Lgs. 481/1992 derogaba el DPR 350/1985, y así la referencia expresa a la naturaleza empresarial de la actividad crediticia, no se podía negar en ningún caso aquella calificación. Bastaba reconducir el ejercicio profesional de la actividad bancaria al art. 2082 Cc que recoge el concepto de empresario ("es empresario quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada a la producción o intercambio de bienes y servicios"). Más adelante, será en el art. 10.1 del TUB donde el legislador italiano señale que *"la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria. Essa ha carattere d'impresa"*.

Una vez reconocida la naturaleza empresarial de la actividad bancaria, la nueva reforma trata de dirigir el ejercicio público del crédito hacia una estructura privada, concibiendo la configuración societaria como la forma jurídica connatural a la sustancia empresarial de dicha actividad. Concretamente, prevé que todos los entes crediticios públicos asuman el tipo de la sociedad por acciones (SpA), con el propósito prioritario de eliminar así la inferioridad institucional en la que se encontraban los entes públicos empresariales de carácter fundacional o asociativo [135]. A las SpA bancarias, conforme al art. 17 del D.Lgs.

---

[134] Como afirmara GALGANO ("Commentario della Costituzione", dir. Branca, *Rapporti economici,* II, Bolonia-Roma, 1982, y "Pubblico e privato nell'organizzazione giuridica", *Contr. Impr.,* 1985, pp. 357 ss), esa exigencia constituye una manifestación de aquélla más general que resulta de la sujeción de la actividad económica a un estatuto indiferenciado y unitario consagrado en el art. 41.3 de la Constitución italiana, el cual sustrae las actividades económicas públicas al estatuto de la administración pública y las somete, en cuanto actividad económica, al Derecho común, al margen de la naturaleza pública o privada del sujeto que las ejercita. Es decir, el presupuesto de la aplicación de la disciplina común radica en la comprobación de la naturaleza económica de la actividad desarrollada por el ente público, sin que sea necesario que una norma concreta disponga la sujeción del ente público al Derecho común.

[135] El Primer documento de la Banca de Italia relativo a la reestructuración de los entes crediticios rechazaba la solución que proponía la separación del ente público y la empresa de crédito con la transformación de la primera en una *holding* bancaria y de la segunda en una sociedad por acciones que, controlada por la primera, podría dar respuesta a los problemas generados por la estructura originaria de los entes crediticios públicos. Solución que era propuesta por un sector de la doctrina como la más idónea para no discriminar a los entes con estructura institucional frente a los de base corporativa (*cfr.* COSTI, "Per la riforma delle casse di risparmio: le indicazioni della Banca d'Italia", *Giur. Comm.*, 1982-I, p. 285). Sin embargo, con posterioridad será una de las soluciones que propondrá la propia Banca de Italia ("Ordinamento degli enti pubblici creditizi. L'adozione del modello della Società per azioni", cit., pp. 416 y ss.), entendiendo preferible la separación de la empresa bancaria y su transmisión a una sociedad por acciones constituida por el ente mismo. En todo caso, ésta era una solución que encontraba ciertos precedentes en la experiencia de la reestructuración industrial, en la que a menudo se recurrió a la separación de la empresa y a su *"conferimento"* a una nueva compañía societaria (*cfr.* MERUSI, "Dalla banca pubblica alla società per azioni", *BBTC*, 1990, I, p. 8).

356/1990, se dejarían de aplicar las normas que disciplinaban la organización de los entes originarios.

La adopción del modelo de la sociedad por acciones supuso la privatización formal de la banca, aunque no la sustancial [136], ya que el capital suscrito seguiría siendo, total o mayoritariamente, de titularidad pública. Aunque con ello, se dejaba abierta la posibilidad a una ulterior "privatización sustancial" a

---

[136] Sobre esta primera fase de transformación de la naturaleza jurídica de la empresa a través de la privatización de la gestión sujeta al control público (*cold privatization)*, vid. LAMANDA, "Da fondazioni bancarie ad enti 'non profit': natura giuridica e rapporti con il Ministero del Tesoro", cit., pp. 49 ss.; CASSESE, "Da Fondazioni Bancarie ad enti '*non profit'* ", *GDAmm.* núm. 4, 1995, p. 479; y MERUSI, "Tre obiettivi per un cannone: la privatizzazione delle banche pubbliche in Italia", cit., p. 181.

Se trata de la privatización del sector bancario que ya en la segunda mitad de los años 80 encontramos en distintas economías nacionales de Europa como en Francia, Bélgica o Gran Bretaña. De hecho, ya con anterioridad, se sugería en el primer "libro blanco" de la Banca de Italia (1981) configurar los entes públicos crediticios a imagen y semejanza del modelo societario para resolver los problemas estructurales de la banca. En la misma línea la solución del segundo "libro blanco" (1988) será ya más concretamente la vía directa de la sociedad por acciones con capital público y, en definitiva, del paso del Derecho público al Derecho común. La doctrina se ha ocupado ampliamente de esta solución. Al respecto *cfr.* COSTI, "Per la riforma delle casse di risparmio: le indicazioni della Banca d'Italia", *Risparmio e territorio,* 1981, pp. 66 ss. y en *Giur. Comm.,* Año IX, 1982, I, p. 285, prestando particular atención al diverso tratamiento de las Cajas de ahorros con estructura institucional y corporativa; "I problemi istituzionali nella Relazione del governo della Banca d'Italia", *B.B.*, 1981, pp. 683 ss.; "La ripatrimonializzazione delle casse e degli istituti", *BBTC,* 1983, I, pp. 169 ss.; "La riforma delle casse di risparmio: problemi giuridici", *BISoc.,* 1982, núm. 0, pp. 77 ss.; CASSESE, "La riforma delle banche pubbliche. Le banche pubbliche diventano imprese", cit., pp. 177 ss.; BELLI, "La riforma delle banche pubbliche. Una nota sui profili generali", cit., pp. 82 ss.; "A proposito di riforma delle casse di risparmio: spunti e riflessioni sulle recenti proposte di modifica della legislazione", *Scritti in memoria di Enzo Capaccioli,* Milán, 1988 y *BISoc.,* 1987, pp. 53 ss.; MERUSI, *Trasformazione della banca pubblica,* cit, pp. 75 ss.; CIAMPI, "Orientamenti per un disegno statutario finalizzato a sviluppare l'operatività delle Casse di risparmio", *BISoc.,* 1982, núm. 0, pp. 36 ss.; RUTA, "La riforma istituzionale delle casse di risparmio tra intervento legislativo e modifiche statutarie", cit., pp. 652 ss.; y GALGANO, "Pubblico e privato nella riforma statutaria delle Casse di risparmio", *Rass. Dir. Civ.,* 1984, pp. 385 ss.

A pesar de todo, debemos advertir que la adopción del modelo de la sociedad por acciones y la privatización sustancial de la propiedad de la banca pública no era la única solución defendida. Así CIAMPI ("Orientamenti per un disegno statutario finalizzato a sviluppare l'operatività delle Casse di Risparmio", cit., p. 36) mantenía la posibilidad de que el ente público asociara en la gestión de la empresa a sujetos que otorgando medios financieros de modo estable se beneficiaran mecanismos similares a los previstos para las cuotas de participación para la tutela de sus propios intereses.

En general, sobre la privatización en Italia CASSESE ("La ristrutturazione delle banche pubbliche e gli enti conferenti", *La legge 30 luglio 1990, núm. 218. Contributi per la ristrutturazione delle Casse di Risparmio e delle Banche del Monte*, cit., p. 30), pone de manifiesto

través de la venta de acciones a los sujetos privados, lo que neutralizaría la acción de la política en el sistema crediticio [137].

En cualquier caso, aunque detrás de la elección de una privatización encontramos otros argumentos de política social y económica [138], la razón principal para la privatización formal se vino a justificar en las virtudes de la estructura privada frente al modelo del ente público empresarial. Frente al resto de las

---

cómo en el ordenamiento bancario se refleja la tendencia generalizada de "desplazamiento de la organización productiva pública hacia formas privadas, con la transformación de la empresa pública en empresa privada bajo control público". Mientras con la Ley bancaria de 1936 se sustraía a la empresa bancaria del ámbito de lo privado, con la norma sobre la reestructuración de la banca pública se restituirá aquel 'pedazo' al Código civil, retornando la empresa bancaria, prevalentemente pública, al ámbito de la disciplina de la empresa en general (vid. además, del mismo autor "Privatizzazioni annunciate, mezze privatizzazioni e pseudo privatizzazioni in Italia", *Econ. Cred.*, 1992, pp. 45 ss. y "Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation", *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, XLI, 1991, núm. 2, p. 378). En el mismo sentido vid. AMORELLI, *Le privatizzazioni nella prospettiva del trattato istitutivo della Comunità Economica Europea,* Cedam, Padua, 1992; CIRIELLO, "Nazionalizzazioni e privatizzazioni nelle esperienze italiana e francese", vol. I, *Le Nazionalizzazioni*, Jovene, Nápoles, 1992; SCHLESINGER, "La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici", *Studi in memoria di Franco Piga*, II, Giuffrè, Milán, 1992, p. 1871; RAGUSA MAGGIORE, "La grande illusione degli enti di gestione", *Dir. Fall.*, 1992, p. 441.

(137) *Cfr.* CASSESE, "L'evoluzione delle Fondazioni Bancarie", *GDAmm.,* núm. 3, 1996, p. 281.

(138) La doctrina italiana nos ofrece diversas razones acerca de la necesidad de una privatización de la banca pública. PREDA/GIORGINO ("La definizione dei prezzi nelle privatizzazioni bancarie in Italia", *Bancaria,* 1996/9, pp. 20 ss.) ponen de manifiesto las razones de naturaleza económica que lleva consigo la privatización, subrayando que el incremento del nivel de eficiencia y de rentabilidad de las empresas privatizadas que seguiría normalmente al paso de la propiedad a sujetos privados, comportaría un mayor acercamiento de la empresa a la lógica del mercado; en particular el control sobre la actividad de las empresas vendría de hecho ejercitado por los mercados reales y, si tales empresas tienen títulos cotizables, por los mercados financieros. Otros, como AMATO ("Ristrutturazione degli istituti di credito ed evoluzione del mercato finanziario", *La ristrutturazione delle banche pubbliche,* cit., p. 5), defienden que, lejos de seguir una filosofía "Thatcheriana", la privatización se dirige a reducir el déficit público, con lo que constituiría una exigencia para hacer frente a las deudas de Tesoro (en contra de esta opinión vid. DI MAJO, Introducción, *Le politiche di privatizzazione in Italia*, Bolonia, 1989, pp. 9 ss.). Por otro lado, TREQUATTRINI ("Da banche pubbliche a banche del pubblico; il testo unico e il processo di privatizzazione", cit., p. 33), defenderá la privatización como presupuesto necesario y central para la transformación del sistema productivo; y SERRA ("La ristrutturazione degli Istituti di Credito di Diritto Pubblico: profilo societari", cit., p. 56), como instrumento para garantizar a todos los sujetos institucionales la igualdad de condiciones desde el punto de vista de la potencialidad competitiva entre la banca pública y la banca privada.

estructuras y modelos societarios, se entendía que el de la sociedad por acciones dotaría a las empresas bancarias públicas de una serie de ventajas (139).

De entrada, la adopción del modelo de la sociedad por acciones permitía su recapitalización, favoreciendo la expansión de la dimensión de las entidades crediticias, mediante su concentración o fusión y abriendo la posibilidad de acudir al mercado de capital para la emisión y negociación de sus títulos, lo que hacía posible, a su vez, conseguir niveles de solvencia patrimonial adecuados, presupuesto imprescindible para el redimensionamiento de la capacidad operativa de la banca pública. Los títulos no adolecerían de las insuficiencias que presentaban las *cuotas* o los *certificados* diseñados en la anterior reforma, ya que el modelo societario hacía posible una mayor salvaguarda de los inversores por las características de certeza y tipicidad que presentan las acciones, así como por la posibilidad de confrontarlas con los títulos emitidos por otros empresarios, pertenecientes o no al sector bancario.

Además, el modelo societario permitía la adopción de reglas uniformes, completando el proceso de "desespecialización", al tiempo que era susceptible de ser adaptado en razón a las exigencias y características típicas de la intermediación crediticia (140). Asimismo hace posible una clara separación entre la lógica empresarial, presente en la actividad de la sociedad bancaria, y la lógica "política" presente en la canalización de los beneficios. De suerte que, en el ejercicio de la actividad empresarial, se identifica en la entidad crediticia un centro de decisiones autónomo, en contraste con la precedente concepción instrumental del ente público crediticio. En este sentido, la impermeabilidad de la

(139) Sobre la idoneidad del modelo de la sociedad por acciones para favorecer la reactivación productiva y competencial de la banca pública vid. BANCA D'ITALIA, Informe para 1987, *Considerazioni finali*, mayo 1988, p. 345 y en "Ordinamento degli enti pubblici creditizi. L'adozione del modello della Società per azioni", *Boll. Econ.*, 1988, núm. 10; OPPO, "La privatizzazione dell'impresa pubblica, profili societari", *Riv. Dir. Civ.*, 1994, I, pp. 772 ss.; GALGANO, "Sulla riforma della banca pubblica", *BBTC,* 1989, I, p. 779, en un análisis comparativo de las ventajas del modelo societario frente al ente público económico; CAPRIGLIONE, "Evoluzione del sistema finanziario italiano e riforme legislative (prime riflessioni sulla legge 'Amato')", cit., p. 29; y CIAMPI, *Intervento alla 66.ª giornata mondiale del risparmio*, Rímini, 31 de octubre de 1990. En particular, sobre la necesidad de la transformación en sociedad por acciones de los "institutos meridionales" vid. LOMBARDO, "La trasformazione degli Istituti Speciale Meridionali: alternative strategiche ed istituzionali", *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, cit., p. 125; y MERUSI, "Dalla Banca pubblica alla società per azioni", *BBTC,* I, 1990, pp. 3-4.

(140) Ello parece ser consecuencia de la llamada "neutralidad" del modelo societario, aun reconociendo la inexistencia de un tipo funcional unitario del que la sociedad por acciones constituiría tan solo un específico tipo organizativo (*cfr.* TORCHIA, "Il modello della società per azioni per l'impresa bancaria", *La legge 30 luglio 1990, núm. 218. Contributi per la ristrutturazione delle Casse di Risparmio e delle Banche del Monte*, cit., p. 23).

estructura societaria respecto a finalidades extrañas a la lógica de la empresa (141) resultaba esencial para tutelar el objetivo de la reforma de lograr que la gestión de la empresa bancaria fuera el único fin de la sociedad por acciones, eliminando cualquier otro fin presente en los entes crediticios públicos.

Desde el punto de vista organizativo, el nuevo modelo hace posible la sustitución de una parte considerable de la tutela externa de la autoridad de control a la que se sometían las entidades de crédito por un control interno, al restablecer la relación dialéctica entre el órgano de control y el órgano de administración activa.

Por lo que se refiere al régimen de responsabilidad, más allá de conservar el principio de la plena responsabilidad del ente frente a sus acreedores, la adopción del modelo societario presupone la responsabilidad de los gestores frente a la sociedad, frente a los terceros acreedores y frente a los propios socios, superando anteriores incertidumbres a la hora de promover la acción de responsabilidad hacia los dirigentes de los entes públicos bancarios (142). Además, el complejo de normas que regulan la representación y la publicidad del modelo societario garantizan una mayor certeza y transparencia frente a los socios y terceros (acreedores y clientes) que contratan con la entidad.

En última instancia, en la adopción del modelo societario por parte de la banca pública se observa que la Ley 218/1990 se mueve en la línea de la *moral suasion* (143) al no imponer a los entes la obligación de operar la reestructura-

---

(141) *Cfr.* MERUSI, "Dalla Banca pubblica alla società per azioni", cit., p. 4, cuando pone de manifiesto la separación entre lógica y objetivos que informan la actividad, y la lógica y objetivos que se refieren a la destinación por parte de cada socio de los resultados de la actividad.

(142) Se satisface así una aspiración unánimemente mantenida por la doctrina, que había destacado reiteradamente que era necesario introducir en la banca un órgano de administración dotado de autonomía y responsabilidad a la hora de asumir sus decisiones, designado con base a criterios de preparación y capacidad propiamente "empresarial" (*cfr.* RANCI, "Una cronata ragionata", cit., p. 15).

(143) La expresión *moral suasion* viene utilizada en el mercado financiero para describir aquellas intervenciones de las autoridades de vigilancia que se manifiestan por el trámite de una acción persuasiva que fundamenta su posibilidad de éxito en la autoridad moral del órgano administrativo sobre los sujetos controlantes y cuya observancia se justifica por el interés que los operadores, obligados a dirigirse de forma continua al órgano de control, tienen de no alterar las relaciones con él (*cfr.* VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare,* Padua, 1993, p. 219). El fenómeno se pone en relación directa con la *self-regulation* desde el mismo momento en que ambos encuentran su origen en una decisión propia de los operadores y se apoyan sobre una obligación de respeto de cánones de comportamiento privados con un explícito reconocimiento legislativo (vid. VELLA, "Eteronormazione e autoregolamentazione nella disciplina del mercato finanziario", *Quaderni di documentazione e ricerca*, núm. 14, Roma, 1996, pp. 63 ss.).

ción [144] y limitarse a promover la transformación estableciendo incentivos fiscales [145] y haciendo posibles operaciones de otra forma no admitidas por el ordenamiento [146]. No podemos dejar de apuntar, sin embargo, que esta opción suponía seguir legitimando la presencia en el sistema crediticio italiano de sujetos con distintas estructuras y lógicas de comportamiento.

El problema que suscita la adopción por la banca pública de la configuración de la SpA es determinar a quién corresponde la titularidad de sus acciones. Pero antes de ocuparnos de él, interesa destacar que la normativa no sólo preveía la adopción del modelo de la SpA para el logro de sus fines. La reforma incide, para la reestructuración de la banca, sobre otros dos puntos.

---

(144) El carácter potestativo de la transformación fue puesto de manifiesto por el Gobernador de la Banca de Italia, que, con ocasión de la celebración de la 66.ª "Jornada mundial del ahorro" aseguraba que tanto la transformación en sociedad por acciones como la concentración mediante fusiones o agregaciones de las sociedades en grupos no eran obligatorias, sino optativas (*cfr.* CIAMPI, *Documenti della Banca d'Italia,* 1990). La doctrina, con carácter general, no solo defiende el carácter dispositivo de las modificaciones organizativas que configura la Ley 218/1990, bajo el presupuesto de que concierne a cada operador adoptar las soluciones que aseguren la consecución del proceso de transformación, sino que valora favorablemente esa "libertad de elección", frente a imposiciones que pudieran perjudicar la racionalización del sistema bancario (vid. AMATO, "Ristrutturazione degli istituti di credito ed evoluzione del mercato finanziario", cit., p. 6; D'ACUNTI, "Riflessioni su alcuni profili d'apice della normazione di riforma degli enti creditizi pubblici", cit., pp. 71, 72 y 73; PONTOLILLO, "Il sistema di credito speciale e la legge núm. 218/1990", *La ristrutturazione delle banche pubbliche,* cit., p. 99; MERUSI, "Tre obiettivi per un cannone: la privatizzazione delle banche pubbliche in Italia", cit., p. 172; DESARIO, *Il controllo pubblico sull'ordinamento finanziario*, Bari, 1995, Vol. II, pp. 425 ss.; OPPO, "Ancora sulle fondazioni (ex) bancarie: una strada vicenda legislativa", *Riv. Dir. Civ.*, 1999, núm. 5, p. 561 y PORZIO, "Appunti sulla 'legge Amato'", *Riv. Soc.,* 1991-I, p. 805; y sobre la oportunidad de dejar a la banca pública las decisiones sobre las modalidades de transformación vid. COSTI, "Banca S.p.A. solo per libera scelta", *Il Sole 24 ore,* 30 de mayo de 1990).

(145) *Cfr.* art. 7 Ley 218/1990, que reservaba un tratamiento fiscal de favor para las operaciones de reestructuración que se perfeccionaran dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigor de la Ley, es decir, hasta el 21 de agosto de 1992, periodo que posteriormente se prorrogaría hasta el 31 de diciembre de 1994 por la Ley de 26 de noviembre de 1993, núm. 489.

(146) No nos referimos solamente a posibles operaciones de concentración en principio limitadas por el ordenamiento crediticio, sino a determinadas excepciones a la normativa de Derecho común, como era la constitución de una SpA unipersonal, por entonces no admitidas; la exclusión del art. 2343 Cc y así la necesidad de valorar las aportaciones realizadas a la sociedad por parte de los entes crediticios; o la posibilidad de conversión en acciones de los títulos emitidos en los años ochenta por la banca pública haciendo socios a sus titulares de una SpA en cuya constitución no habían participado.

En primer lugar, la norma acaba con todas las formas de especialización impuestas por las disposiciones que limitaban la operatividad de ciertas categorías de entidades a un específico sector económico, haciendo posible la creación de sujetos capaces de llevar a cabo cualquier tipo de operación a medio o largo plazo. Concretamente, permite a los institutos de crédito a medio plazo abandonar la "monosectorialidad" a la que tradicionalmente venían limitados y extender su operatividad al ámbito del crédito a largo plazo; al mismo tiempo que dispone que las sociedades bancarias que nazcan a resultas de la transformación de los Institutos de Crédito de Derecho Público, que tenían por objeto la captación de recursos a medio y largo plazo, podrán ejercitar "además de aquellas originarias, las actividades a medio y largo plazo previstas en los estatutos" (147). En la misma línea, se dispone que "frente a aquellas sociedades por acciones que tienen por objeto la captación de recursos a medio y largo plazo, no se aplican las disposiciones que limitan la competencia territorial", con lo que se termina también con los límites operativos relativos al territorio. Este proceso de desespecialización tendrá su corolario en el D.Lgs. 481/1992 y en el TUB. El primero elimina la única forma de especialización que conocía la Ley bancaria de 1936 al distinguir entre *azienda* e *istituto* de crédito (148), al tiempo que pone las bases para erradicar la especialización que mantenían los ordenamientos de sector puesto que, de un lado, aunque las *Casse rurali ed artigiane* siguen dirigiendo su actividad principalmente a sus socios, ya no se exige que éstos sean artesanos o agricultores; y por otro lado, aunque siguen existiendo "créditos especiales", se legitima a todas las entidades para su concesión. A su vez, el TUB llegará todavía más lejos en la desespecialización derogando gran parte de la disciplina de los créditos especiales.

En segundo lugar, y como alternativa al modelo de la banca universal, la reforma recoge la disciplina del grupo bancario polifuncional (149). Esta disciplina, que se desarrolla mediante la entrada de los entes crediticios en el mercado

(147) *Cfr.* art. 18 D.Lgs. 356/1990.

(148) Aunque, como pone de manifiesto COSTI, "Mercato finanziario e attività bancaria", *BBTC,* 1989, I, pp. 336 ss., realmente la ausencia de vínculos temporales para la captación de recursos o la concesión de créditos también era posible a la luz de la propia ley bancaria, que admitía que las *aziende* captaran recursos a la vista, a corto y largo plazo, y concedieran créditos sin vínculo temporal alguno.

(149) *Cfr.* Título VII del D.Lgs. 356/1990, en actuación del art. 5 de la Ley 218/1990. Si bien ya encontramos un anticipo de esta disciplina en la Ley de 17 de abril de 1986, núm. 114, en actuación de la Directiva 83/350/CEE, de 13 de junio de 1983.

financiero no bancario, encontraba un relevante presupuesto en la adopción del modelo de la SpA por parte de los entes crediticios públicos (150).

b) *El "conferimento" de la empresa bancaria*

Partiendo del principio de libertad de adopción del modelo de la sociedad por acciones, una vez que el ente crediticio decidía adoptar la forma societaria la normativa disponía varios procedimientos según la naturaleza concreta de la entidad crediticia de la que se tratara, exigiéndose en todo caso la previa redacción de un proyecto de reestructuración para dar actuación a su transformación, del que la propia Banca de Italia se hacía garante (151).

La adopción de la nueva configuración societaria solventaba los problemas estructurales y de recapitalización de la banca pública, pero imponía determinar quiénes iban a ser los titulares de las acciones de la nueva sociedad bancaria.

---

(150) Sobre la regulación del grupo bancario polifuncional vid. AMATO, "Ristrutturazione degli istituti di credito ed evoluzione del mercato finanziario", cit., p. 3; SCHLESINGER, "Il gruppo polifunzionale", *Riv. Soc.*, 1988, p. 299; PORZIO, "Appunti sulla 'legge Amato'", cit., pp. 814 ss.; LODDO, "Un futuro per gli istituti di credito speciale", *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, cit., p. 106; y LOMBARDO, "La trasformazione degli Istituti Speciale Meridionali: alternative strategiche ed istituzionali", *La ristrutturazione delle banche pubbliche,* cit., pp. 116 y 117. Mientras que para un análisis de la alternativa entre el modelo de la banca universal y el grupo polifuncional vid. BANCA D'ITALIA, *Intermediazione finanziaria non bancaria e gruppi plurifunzionali: le esigenze di regolamentazione prudenziale,* 1989; BIANCHI, "Banche universali o gruppi plurifunzionali?", *B.B.*, 1990, pp. 607 ss.; BROZZETTI, "Qualche osservazione sui connotati e sulla struttura del gruppo creditizio 'polifunzionale'", *Banca Toscana, Studi e informazioni,* 1988, pp. 133 ss.; CARRIERO, "Obiettivi di vigilanza bancaria e composizione degli interessi in gioco nel gruppo polifunzionale ed in altri modelli organizzativi", *Riv. Dir. Impr.*, 1991, pp. 419 ss.; CORVESE, "I gruppi bancari fra norme di diritto comune e di norme di diritto speciale", *Dall'ente pubblico creditizio alla società per azioni (Commento sistematico alla L.218/1990)*, cit., pp. 261 ss.; COSTI, "La disciplina dei gruppi bancari", *BISoc.*, 1990, pp. 341 ss., y "Banca e attività bancaria nelle direttive comunitarie", *BISoc.*, 1989, pp. 335 ss.; MINERVINI, "Banca universale e gruppo polifunzionale", *Dir. Fall.*, 1991, I, pp. 601 ss.; PREDIERI, "La legge Amato nel processo di riassetto normativo dei mercati creditizi e finanziari", cit., pp. 184 y 185); y SALANITRO, "Gruppo polifunzionale e banca universale", *Dir. Fall.*, 1991, I, pp. 581 ss.

(151) El órgano del ente crediticio competente para las modificaciones estatutarias será el encargado de redactar el proyecto (*cfr.* art. 2.3 Ley 218/1990), en el que se deberá recoger en todo caso los objetivos que se persiguen con la reestructuración en términos industriales y financieros. La aprobación requiere el informe previo del CICR sobre la base de una actividad de instrucción de la Banca de Italia. Nos dice el art. 3.1 Ley 218/1990 que la aprobación se subordinará al análisis de la respuesta del proyecto a las exigencias de racionalización del sistema crediticio, valorándose en particular los aspectos de la estabilidad, de la eficencia, de la funcionalidad y de la adecuación organizativa.

La determinación de quiénes debían ser los titulares de las acciones de la nueva sociedad resultaba evidente en aquellos supuestos en los que el ente público crediticio tenía una base asociativa, a cuyos miembros cabría atribuir las acciones. De modo que los entes públicos con un fondo de dotación de naturaleza asociativa, por su propia naturaleza, podrían "transformarse" directamente en una SpA. Para ello la Ley 218/1990 preveía dos procedimientos: la "transformación directa" del ente en sociedad (152) o la fusión (153). A su vez, en este último supuesto se permitía tanto que dos o más entes públicos se fusionaran creando una SpA bancaria como que uno o más entes públicos se fusionasen con una SpA ya existente.

Pocos eran, sin embargo, los entes públicos crediticios que tenían un fondo de dotación de tipo asociativo, fruto de la contribución de varios sujetos y capaz de transformarse en capital de una sociedad por acciones a través de la simple conversión de las cuotas de la originaria aportación en acciones. La mayor parte de los entes, y en particular las Cajas de ahorro, tenían un fondo de dotación fundacional (154), eran entes crediticios públicos en los que el propietario era normalmente el propio ente, por lo que la transformación directa en sociedad por acciones no era aparentemente posible. Dos eran los problemas fundamentales: de un lado, la necesidad de individualizar e independizar los fines públicos perseguidos hasta entonces por estos entes públicos crediticios; de otro, hallar reglas adecuadas para la atribución del capital de la sociedad.

---

(152) *Cfr.* art. 4 D.Lgs. 356/1990. En relación al procedimiento para la transformación, se requiere que la decisión por la que se acuerde reúna todas las menciones que exige el Cc para el acto constitutivo de una sociedad por acciones, así como la determinación del patrimonio neto inicial de la sociedad, cuya realidad y valoración se deberá verificar por tres expertos independientes en materia bancaria nombrados por el Presidente del Tribunal del lugar en que el ente tiene la sede. El acuerdo, previa aprobación del Ministerio del Tesoro, se depositará para su homologación por la autoridad judicial y la inscripción en el *registro delle imprese*, que tendrá efecto constitutivo conforme al art. 2331 Cc.

(153) *Cfr.* art. 5 D.Lgs. 356/1990.

(154) Es ésta una definición que, como nos dice MERUSI, "Metamorfosi degli enti pubblici creditizi", *BBTC*, 1993, I, p. 1, y en *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, III, Mucchi, 1996, p. 1161, es impropia, pero resulta verdaderamente ilustrativa, ya que nos la da idea de su inimputabilidad a ningún otro sujeto, distinto del propio ente.

A falta de un sujeto a quien atribuir las acciones de las nuevas sociedades por acciones la alternativa a la vía de los "entes propietarios de sí mismos" (155) era la "transformación indirecta" del ente público crediticio en SpA, mediante el *"conferimento"* de la empresa bancaria del ente público a la SpA bancaria (156). Procedimiento que también podía ser empleado, como de hecho así ha ocurrido, por los entes asociativos (157).

El *"conferimento",* que junto a la transformación y la fusión integran las tres operaciones previstas por la Ley 218/1990 para la reestructuración de la banca pública y la adopción del modelo societario (158), supone el desdoblamiento del ente público y la empresa bancaria, mediante la aportación o transmisión de esta última, o una o varias de sus ramas, a una sociedad por acciones —ya existente o constituida *ad hoc* a través de un acto unilateral por parte del ente público—, de la cual el ente crediticio que transmite la empresa (o parte de ella) deviene accionista mayoritario.

---

(155) Aunque algunos entes fueron constituidos directamente por el Estado o financiados por él, y la solución podría concretarse en atribuir la titularidad de las acciones al Tesoro del Estado, en la mayor parte de los entes, como el *San Paolo Torino*, el *Monte dei Paschi di Siena* y las Cajas de ahorro, no era posible atribuir la participación al Tesoro porque nunca había contribuido a la formación de sus fondos de dotación.

A pesar de todo, nos dice SCHLESINGER, "Le c.d. 'Fondazioni bancarie'", *BBTC,* 1995, I, p. 422, que las incertezas sobre la atribución de la titularidad de las acciones no resulta obstáculo desde el mismo momento en que se podría haber autorizado la conservación en cartera de las participaciones bajo el calificativo de "acciones propias", si bien con una obligación de ser enajenadas en un determinado período de tiempo.

(156) *Cfr.* art. 6 D.Lgs. 356/1990.

(157) Aunque el *"conferimento"* constituye el mecanismo de transformación obligatoria para los entes con un fondo de dotación con estructura no asociativa, aquéllos con un fondo de dotación asociativa podían hacer uso de esta vía de forma facultativa. En la práctica muchos de estos entes también eligieron el *"conferimento"* de la empresa bancaria ya que su tratamiento fiscal era más favorable que el de la "transformación", a la par que permitía la revalorización de los bienes de la empresa y por ello el aumento —a través del aumento del patrimonio de referencia— de los coeficientes de solvencia utilizados por la autoridad de vigilancia bancaria y el fondo interbancario de garantía de depósitos (*cfr.* MERUSI, "Tre obiettivi per un cannone: la privatizzazione delle banche pubbliche in Italia", cit., p. 176). Así, de las 93 entidades de crédito públicas existentes en la fecha de entrada en vigor de la normativa sobre la reestructuración, 90 acometieron en un primer momento el proceso de reestructuración, y de ellas, 86 eligieron el *"conferimento"* de la empresa bancaria a una SpA constituida *ad hoc*.

El porqué de que se les concediera esta posibilidad no es fácil de entender a menos que el legislador hubiese querido tener en cuenta aquellos entes que aun teniendo un fondo de dotación aparentemente asociativo, podían ser equiparados a los de naturaleza institucional, al presentar una representación de intereses diversa de la originaria en el momento de constituir el fondo de dotación (vid. MERUSI, "Metamorfosi degli enti pubblici creditizi", cit., *p.* 4, y *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, cit., p. 1163).

(158) Sobre las combinaciones posibles entre estos tres procedimientos vid. Cassese, "La ristrutturazione delle banche pubbliche e gli enti conferenti", cit., pp. 29-30.

Un solo ente crediticio público podía dar lugar a una o varias sociedades bancarias o financieras, transmitiendo, por ejemplo, a una sociedad la actividad de captación de recursos a través de depósitos a la vista o a corto plazo y a otra la captación de fondos a medio y largo plazo o el ejercicio de algunos créditos especiales, o bien atribuyendo a una sociedad financiera inmobiliaria o de servicios las actividades de esta naturaleza desarrolladas por el ente crediticio. Incluso era posible crear todo un grupo societario en el mismo acto (159). A la inversa, también era posible que varios entes crediticios públicos dieran lugar a una sola sociedad bancaria (160).

Una vez realizado el *"conferimento"* de la empresa bancaria, el ente "conferente" no desaparece, sino que se le convierte en titular de las participaciones en la sociedad "conferitaria". El procedimiento desemboca en todo caso en la existencia de dos sujetos: por un lado la SpA bancaria, que tiene por objeto el ejercicio de la actividad bancaria, y por otro lado el ente "conferente".

La normativa sobre la reestructuración de la banca pública se refería en todo momento al sujeto titular de la participación de control en la SpA como *"ente conferente",* pero desde el mismo momento en que se advertía en ese ente "conferente" la ausencia de una estructura asociativa y la existencia de una finalidad, siquiera para algunos accesoria, de interés público y utilidad social, su equiparación con las "fundaciones" reguladas en el Código civil italiano fue relativamente sencilla, explicándose de esta forma el calificativo que le otorgaría la doctrina de "fundaciones bancarias" o "fundaciones de origen bancario". En el plano de los hechos lo cierto es que los mismos estatutos que se redacta-

(159) Nos referimos a la posibilidad que plantea el art. 7 del D.Lgs. 356/1990, por el que para la realización de las operaciones de reestructuración pueden ser constituidas con un único acto una sociedad por acciones controlante y una o más sociedades por acciones controladas, precisando que en estos casos las empresas son directamente transmitidas a las sociedades controladas y las acciones a la controlante, y que al ente que efectúa tales operaciones se le atribuyen las acciones de la sociedad controlante, que es la que tiene la consideración de "conferitaria". La posibilidad que plantea aquel precepto tiene una explicación de orden fiscal. Nos dice COSTI, *L'Ordinamento bancario,* cit., p. 313, cómo con el art. 7 del D.Lgs. 356/1990 se trata de evitar el pago de las plusvalías a las que diese lugar la posterior transmisión de las acciones que se hubiesen recibido del *"conferimento"* de la empresa a la sociedad "holding".

(160) Si bien la aportación del ente público a la sociedad no estaba sujeta a la valoración prevista en el art. 2343 Cc, en estos casos sí era necesario valorar la aportación que cada ente realizara a la sociedad conforme al art. 2343 Cc (*cfr.* art. 6.3 Ley 218/1990) para determinar la participación social que correspondería a cada ente "conferente" en la sociedad bancaria. Sin embargo, tal labor no se confiaba al experto previsto en el art. 2343 Cc, sino al *collegio di esperti* previsto para la transformación directa del ente asociativo en sociedad por acciones.

ron vinieron a denominar a los entes "conferentes" como "fundaciones" (161), y más tarde incluso el legislador se referirá a los "entes conferentes" como "fundaciones bancarias".

La opción por un sujeto de naturaleza fundacional que detentara la titularidad de las acciones en la SpA bancaria no era una solución desconocida en el derecho comparado para la transformación de organizaciones que se entendían inidóneas para garantizar niveles adecuados de eficiencia y se caracterizaban por la ausencia o la indeterminación de sus propietarios. Las soluciones que entonces encontramos se concretaron, por un lado en individualizar en una categoría los *stakeholders* de la organización, a los que se atribuía el derecho de propiedad (162), o bien en crear una institución *ad hoc,* pública o privada, *for profit* o *non for profit* a la que atribuir la propiedad (163).

---

(161) Vid. *Modelli di statuto per enti e società risultanti dal processo di ristrutturazione di Casse di risparmio e Banche del Monte ai sensi della L. 30 luglio 1990 núm. 218*, Roma, ACRI, 1991. Si bien, aunque los estatutos de las entidades evocan el término *"fondazione"* en la primera fase estatutaria, en las sucesivas fases parecen más sensibles a las censuras de impropiedad de aquella fórmula. Así, las fundaciones del sistema de las Cajas de ahorros, preferirían refugiarse en la dicción de *"ente cassa"* (vid. NAPOLITANO, "La 'crisi d'identità' delle fondazioni casse di risparmio di fronte al giudice costituzionale", cit., p. 329).

(162) Esta situación la encontramos en la privatización de las *building societies* inglesas. Estas sociedades se crearon como mutuas y sufrieron en los años noventa una grave situación financiera a la que, dada su estructura organizativa, no pudieron hacer frente a través del recurso al mercado de capital. El gobierno británico entonces permitió su transformación en *public company,* mediante la atribución, a título gratuito, de la propiedad a titulares de cuentas y pólizas, en proporción al volumen de sus transacciones. A pesar de todo, la operación encontró rechazo en quienes no entendían cómo se podía atribuir a aquéllos que casualmente eran socios o clientes en el momento de decidir la privatización un patrimonio al que habían contribuido tan sólo de forma limitada (vid. COLES, "Demutualization in the UK: The lesson so Far", *The world of Cooperative Enterprise 1998*, dir. Hurp, Plunkett Foundation, Londres, 1998 y LLEWELLYN, "Le futur de la mutualité au Royaume-Uni. Le gouvernement d'enterprise dans les mutuelles et les PLC", *Revue des etudes coopératives mutualistes et associatives,* 1998, p. 268).

(163) La estructura legal de la fundación como instrumento para afrontar el problema referente a la propiedad de la empresa fue utilizada en el caso de Volkswagen. Se optó entonces por la privatización de la empresa y la atribución de los beneficios derivados de la venta pública de las acciones a la *Volkswagen Stiftung* (sobre la Fundación Volkswagen vid. STRACHWITZ, "Le fondazioni grant-making in Germania", *Le fondazioni verso l'attività grant-making*, cit., p. 141; "Le fondazioni tedesche: modelli, funzioni e sviluppi", en las Actas al Congreso de Turín 16-17 de septiembre de 1996, Turín, Fundación Agnelli, pp. 1-24; vid. además MÖLLER, "Difendendo l'autonomia. Alcune riflessioni sulle fondazioni", *Fondazioni e Associazioni (Proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile)*, Grupo de Estudio "Società e Istituzioni", Maggioli, Rímini, 1995, p. 185). Un caso similar nos encontramos con la *Deutsche Bundesstiftung Umwelt* creada por el gobierno tras la venta de la empresa

Las fundaciones bancarias disfrutan de una normativa propia, sectorial, integrada por la Ley 461/1998 de 23 de diciembre (164) (conocida como Ley "Ciampi-Visco") y el D.Lgs. 153/1999 de 17 de mayo de 1999 (165), modificado este último por la Ley 448/2001, de 28 de diciembre (166). El régimen jurídico sectorial se completa con las Directrices del Ministro del Tesoro, del Balance y de la Programación económica de 5 de agosto de 1999 (167), que recoge los criterios generales a los que se atendrá la Autoridad de vigilancia de las fundaciones bancarias para aprobar las modificaciones que éstas deben realizar en sus estatutos conforme a la nueva normativa (168); de 19 de abril de 2001, que recoge los criterios a seguir en la redacción del balance de las fundaciones bancarias (169); y de 22 de mayo de 2001, relativa a las incompatibilidades y los requisitos de honorabilidad de los miembros de los órganos de las fundaciones bancarias (170). De la regulación de las fundaciones bancarias conviene destacar dos notas: por un lado el reconocimiento de la personalidad jurídica privada y

---

federal *Salzgitter* o la *Bayerische Landesstiftung,* cuyo origen se debe a la decisión de no atribuir directamente las acciones de la sociedad resultante de la fusión entre la banca comercial *Bayerische Staatsbank* y la *Bayerische Vereinsbank* al gobierno. En el mundo anglosajón el mismo fenómeno tuvo lugar en los Estatos Unidos con la creación de fundaciones por la transformación de las entidades hospitalarias de entes *non for profit* a entes *for profit* (vid. BORIS, "Le fondazioni filantropiche negli Stati Uniti", *Le fondazioni verso l'attività grant-making,* cit., p. 158). En la opinión de que la solución fundacional resulta ser la más oportuna cuando se trata de definir la titularidad de un patrimonio que deriva de donaciones o rentas producidas a consecuencia del desarrollo de actividades sociales y, por tanto, se considera propiedad de la colectividad o de un grupo amplio y de no fácil individualización, vid. BORZAGA, "Da dove vengono e dove vanno le fondazioni di origine bancaria?", *Le fondazioni bancarie: un patrimonio alla ricerca di uno scopo*, Roma, Meridiana, 1999, pp. 5 ss.

(164) *Delega al Governo per il riordino della disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti, di cui all'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, núm. 356, e della disciplina fiscale delle operacioni di ristrutturazione bancaria* (*G.U.* 7-1-1999, núm. 4).

(165) *Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, núm. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 1998, núm. 461* (*G.U.* 31-5-1999, núm. 125).

(166) "Disposizioni per la formacione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)", *G.U.,* 30-I-2002, num. 25, supl. ordinario núm. 20.

(167) *Atto di indirizzo a carattere generale in materia de adeguamento degli statuti delle fondazioni alle disposizioni della Legge 23 dicembre 1998, núm. 461 e del Decreto Legislativo 17 maggio 1999, núm. 153* (G. U. 10-8-1999, núm. 136).

(168) La Directriz fue objeto de impugnación a través de diversos recursos a iniciativa de algunas fundaciones bancarias. De estos recursos el TAR Lazio, Sez. III, sent. 4546, 1 de junio de 2000, ha desestimado 11 recursos de 14 fundaciones.

(169) *Atto di indirizzo recante le indicazioni per la redazione da parte delle fondazioni bancarie, del bilancio relativo all'esercizio chiuso il 31 dicembre 2000* (*G.U.* 26-4-2001, núm. 96).

(170) *G.U.* 23-5-2001, núm. 118.

de la plena autonomía estatutaria y de gestión de las fundaciones bancarias; y de otro lado, la obligación de ceder su participación de control en la SpA que el D.Lgs. 153/1999 impone para junio del 2005.

Por último, es importante destacar que aunque las fundaciones bancarias eran los socios de control de las sociedades bancarias a las que aportaron su empresa bancaria, no eran los únicos socios. Debemos recordar que la banca pública, en un intento por superar su "infracapitalización", emitió títulos (cuotas de ahorro, participativas y de ahorro-participativo) que colocó entre el público y de los que se tenía que ocupar la reforma. El D.Lgs. 356/1990 excluye la posibilidad de que los titulares de estos títulos pidan la liquidación de su participación con ocasión de las operaciones de reestructuración, imponiendo la conversión de las cuotas en acciones de las sociedades bancarias resultantes. En los entes con estructura fundacional se prevé la conversión de las cuotas de participación en acciones ordinarias, de las cuotas de ahorro en acciones de ahorro y de las cuotas de ahorro participativo en acciones ordinarias con la posibilidad para sus titulares de optar por la conversión en acciones de ahorro. En los entes crediticios con estructura asociativa las cuotas de ahorro se convierten en acciones de ahorro de la sociedad bancaria en la que el ente se ha transformado o a la que se aportó la empresa bancaria, mientras que para las cuotas de participación se disponía necesariamente su conversión en acciones ordinarias en caso de transformación, si el ente público asociativo elige el "conferimento", ya que la conversión será inviable, los titulares de las cuotas de participación conservan su posición en el ente "conferente".

A modo de recapitulación, hay que destacar que a raíz de la Ley 218/1990 y el D.Lgs. 356/1990, nacen SpA bancarias polifuncionales, controladas por un sujeto, las fundaciones bancarias, cuya naturaleza jurídico-privada no se ha reconocido sino recientemente. Las SpA bancarias heredan de los entes crediticios públicos la empresa bancaria y en algunos casos también su denominación, como ocurre con las Cajas de ahorros, a pesar de que tal denominación no responda a su tradicional estructura jurídica; pero los entes crediticios públicos desaparecen como categorías de las entidades de crédito (171). Asimismo, en relación a las fundaciones bancarias se distinguirán, en función a su origen, las fundaciones Cajas de ahorros, y las fundaciones Institutos de crédito de derecho público (172).

---

(171) Será con el D.Lgs. 481/1992 y el TUB con los que se reduzca definitivamente los entes crediticios al modelo de la sociedad por acciones o al de la sociedad cooperativa de responsabilidad limitada, y desaparezcan como tales los *Istituti di credito di diritto pubblico,* las *Casse di Risparmio*, las *Banche del Monte,* la *Banca di interesse nazionale* así como los *Istituti* y *Sezioni di credito speciale* [*cfr.* arts. 9.1 letra a) del D.Lgs. 481/1992 y 14.1 letra a) del TUB].

(172) En el sistema de fundaciones bancarias, encontramos 82 fundaciones Cajas de ahorro y 6 fundaciones Institutos de crédito de derecho público.

RIESGO LEGAL DE LA FINANCIACIÓN Y LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DEL FINANCIADO EN LOS CONTRATOS BANCARIOS (LEASING MOBILIARIO E HIPOTECA INMOBILIARIA)

MANUEL CHAMORRO POSADA (*)

Abogado.
Letrado Asesor Jurídico de Caja España

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.
II. RIESGO LEGAL.
III. AUTONOMÍA NEGOCIAL DEL FINANCIADO.
IV. LÍMITES DERIVADOS DE LA FINANCIACIÓN PRESTADA.

1. Nuevos contratos: leasing mobiliario.

A) Derecho potestativo examinado.
B) Problema advertido.
C) Solución propuesta.

(*) A la memoria de Don Ildefonso Sánchez Mera, profesor y amigo, (q.D.g.); quien en sus clases compostelanas de Derecho de obligaciones (curso 1987-1988) nos citaba con la maestría que le daba el conocimiento como Jurista y la consciencia como Notario de las enormes implicaciones prácticas de la teoría en materia de obligaciones y contratos, entre otros, a Michele Giorgianni, el cual dejó escrito, con una claridad y concisión muy del gusto de Ildefonso, (GIORGIANNI, M.: *La obligación* trad. E. Verdera, Bosch, Barcelona, 1958 —p. 217—) que "en realidad, el derecho del acreedor se refiere al *comportamiento* del deudor y que es precisamente éste el *bien* que constituye el objeto del derecho del acreedor".

2. Nuevas leyes: Ley 2/1994 sobre hipoteca inmobiliaria.

A) Derecho potestativo examinado.
B) Problema advertido.
C) Solución propuesta.

V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En las líneas que siguen se trata de poner de manifiesto la necesidad de articulación por el ordenamiento jurídico y sus distintos operadores de mecanismos que, ante las incidencias operativas que pueden acaecer en la vida de los contratos bancarios, preserven el equilibrio de las prestaciones y eviten que actuaciones del financiado perjudiquen el derecho del financiador de quien aquél obtuvo la financiación solicitada y ante quien le une ahora la obligación restitutoria de la financiación previamente obtenida.

En el análisis que sigue, así como en las conclusiones que se extraen por el que suscribe —y en las que puedan extraerse por el que leyere—, en ningún momento debe perderse de vista la naturaleza crediticia —y por ende fiduciaria— de la relación que une a financiador y financiado, recayendo la actualización permanente de la confianza depositada —hasta la total restitución de la financiación prestada—, sobre la parte financiada, de quien se espera —tanto por el financiador como por el ordenamiento jurídico— la puntual restitución y remuneración de la financiación prestada —por adelantado— por la entidad financiera [1].

Tampoco debe quedar en ningún momento desvanecida la importancia de la seguridad jurídica —a la par que la de la estabilidad económica— para el progreso de los pueblos. De la estabilidad económica —de su seguimiento y control— están encargadas las más altas instancias del gobierno de la Nación y de la Unión Europea, pero la seguridad jurídica —consagrada en la propia Constitución Española— la vamos construyendo día a día los operadores jurídi-

---

[1] Así, dejó apuntado SIMONETTO, E., en *Los contratos de crédito* (ed. Bosch, Barcelona, 1958; p. 39) que "Lo que asume el mayor relieve en el caso del mutuo es el transcurso del tiempo, que opera durante la vida de la relación, influyendo directamente sobre la recíproca situación jurídica de los sujetos, *modificando*, no un bien, sino *la posición de las partes"* [el subrayado es nuestro, en adelante s.n.].

cos, en lo que el Estado o la Unión Europea no han tenido a bien precisar mediante los instrumentos normativos de que nos tienen dotados. A ninguno nos está permitido ahondar en el desconcierto, máxime en el ámbito del Derecho Bancario o del crédito, y menos que a nadie está vedada la demagogia y falta de rigor a Jueces y Registradores de la Propiedad, por su notoria y jurídico-pública imbricación en el ordenamiento mismo (2).

Sin seguridad jurídica, edificada desde el conocimiento riguroso de las instituciones, no hay crédito bancario, y sin crédito bancario no hay progreso social (3).

Desde un punto de vista de técnica jurídico-privada y en la línea de lo enseñado en su día por CICU, el presente estudio debe contemplarse desde el prisma de la configuración del derecho de crédito en relación con el derecho real y, en especial, desde el prisma de las facultades que aquél —el derecho de crédito— en sí mismo entraña, con los correspectivos deberes de abstención por parte del deudor, aunque a diferencia del derecho real —éste concretado objeti-

---

(2) Es muy de lamentar el carácter marginal y minoritario que recibe el Derecho Mercantil en la concienzuda preparación que ambos tipos de profesionales conocen con carácter previo al acceso al cuerpo funcionarial respectivo. Ello ha dado lugar —en lo que a Jueces se refiere— a que se venga de un tiempo a esta parte reclamando por los Letrados la constitución de Juzgados especializados en Derecho Mercantil —ver v.gr. *La Gaceta del Lunes* de 31 de julio de 2000 que en página 6 titula *"Los abogados piden juzgados mercantiles especializados"*— sin perjuicio de lo que se percibe desde los propios comerciantes o empresarios —ver v.gr. *El País. Negocios* de 6 de diciembre de 1998 que en página 15 titulaba *"Los empresarios tachan de ineficaz la justicia en los asuntos económicos",* subtitulando que *"La gran mayoría de las empresas creen que las deficiencias del sistema constituyen un problema grave y citan la lentitud y falta de preparación entre los principales males"*; asimismo ver v.gr. *La Ley. Diario de Noticias* 13 de enero de 1999 que en portada titulaba *"Los empresarios opinan que los jueces no están preparados para resolver conflictos económicos"*—. Por otra parte, en lo atinente a los Registradores de la Propiedad, es muy de desear, en aras del robustecimiento y eficiencia de nuestro ordenamiento jurídico-privado, una mayor sensibilización de los Registradores en materias mercantiles —aparte del Derecho de Sociedades que incumbe a los titulares de los Registros Mercantiles— y muy especialmente en lo relativo a la contratación mercantil.

(3) Hace ya algunos años, en otra época de la historia de nuestro país, RODRÍGUEZ DE LLANO Y SÁNCHEZ, L., ponía este extremo de manifiesto, con relación a la situación real de aquel tiempo, en su discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en sesión pública de 6 de mayo de 1916 y titulado "El crédito mercantil" (R.A.J.L. est. tipog. Jaime Ratés), cuando afirmaba que "otra de las causas de la decadencia de la industria y del comercio (...) es la falta de capital, de dinero. Ocioso sería que yo tratara de demostrar que no sólo para el desarrollo de la industria, sino hasta para el mismo establecimiento de ella y su funcionamiento, es preciso numerario con que adquirir las máquinas, instrumentos de trabajo, primeras materias, *pero no es sólo el dinero lo que falta, es también algo que puede suplirle y que en ocasiones vale tanto como él, y es el crédito*. En España —forzoso es reconocerlo— el crédito no existe" (s.n.).

vamente en cuanto al bien y ampliado subjetivamente "erga omnes"—, concretado subjetivamente en la persona del deudor y ampliado objetivamente —en la medida en que se dejará expuesto en lo que aquí respecta— en cuanto al haz de facultades jurídicas activas que su conducta puede en cualquier momento ejercitar [4].

Termino esta introducción con una precisión terminológica. A la hora de referirme en el presente estudio a los sujetos de los contratos implicados, empleo la referencia genérica a financiado y financiador o financiera con el fin de poner de manifiesto la conexión esencial entre los dos supuestos planteados, unidos por la presencia de una financiación prestada, si bien de manera clásica —en el préstamo hipotecario— y de manera novedosa —en el leasing—, de manera puramente bancaria —en el préstamo bancario— y de manera vinculada a un contrato comercial —en el leasing—; y, en fin, desde el ámbito civil —en el préstamo hipotecario— y desde el ámbito mercantil —en el leasing—.

II. RIESGO LEGAL

En un contexto dado por los múltiples riesgos que jalonan la actividad de las entidades financieras, se quiere aquí poner de relieve a los efectos del presente estudio la presencia de incidencias en la vida de la operación financie-

---

(4) Según dejó escrito CICU, A. en su obra *L'obligazione nel patirmonio del debitore,* [ed. Giuffrè, Milano, 1948 (pp. 5-69)]: "4. ASPETTO ESTERNO ED INTERNO DEL DIRITTO DI CREDITO.— Ma prima di procedere nell'indagine occorre sgombrare il terreno da un facile equivoco. *Anche il credito, in quanto è garantito giuridicamente, può essere a viene effetivamente considerato como bene già acquisito; e come tale esso assume il valore di bene non semplicemente giudirico, ma ad un tempo economico*. Ora in quanto lo si riguarda sotto questo aspetto che chiamaremo esterno, esso è oggeto di diritti reali come ogni altro bene. Perciò si parla di usufrutto, di pegno del credito, concetti che presuppongono quello di proprietà del credito. *Sotto tale aspetto esso è garantito*, come ogni altro diritto reale*, da un obligo generale di abstenzione e rispetto*: obbligo che normalmente non ha rilievo, perchè è difficile porre in essere o riconoscere una violazione del credito da parte di terzi (...) Considerato adunque sotto l'aspetto esterno, non è possibile distinguere il credito dal diritto reale. La sua essenza nei confronti di quest'ultimo va invece ricercata nel suo aspetto interno. Qui si rivela anzitutto la sua diversa consistenza economica. *Il suo valore economico* no *è legatto* ad una cosa corporale od incorporale, ma *alla persona del debitore, poichè è determinato dalla maggiore o minore fiducia nella persona, dalla sua solvibilità, capacità, onestà, etc*. Correlativa alla sua consistenza eonomica è la sua consistenza giuridica, la tutela giuridica è qui diretta a costringere il debitore ad eseguir la prestazione: essa si apunta sulla persona dei debitore o dei debitori: su persone cioè individualmente determinate, a differenza che nel diritto reale dove l'obbligo è posto in genere per ogni persona. 5. SI ELIMINANO VARIE RAGIONI DI DUBIO.—Con ciò risulterebbe superata quella obbiezione che esclude che *la differenza fra diritto reale e di credito possa riporsi nel numero delle persone qui rivolge l'imperativo giuridico*...(s.n.)."

ra formalizada mediante la firma del correspondiente contrato bancario que, surgidas del marco jurídico en que el contrato nace y en el que la operación está llamada a desenvolverse, pueden llegar a poner en peligro la estabilidad y mantenimiento de las circunstancias económicas tenidas en cuenta como presupuesto a la hora de solicitar y conceder la operación financiera, o incluso que pueden hacer peligrar sin motivo el programa prestacional contemplado en el contrato suscrito y frustrando con ello el fin perseguido con la operación concluida [5].

Se dejan aquí al margen agresiones a la relación obligatoria entre financiador y financiado que puedan provenir de actos ilícitos de terceros, o que se causen antijurídicamente por el financiado (v.gr. destrucción o deterioro del bien objeto de la garantía, o incumplimiento de las obligaciones restitutorias a su cargo); pasando a concentrar nuestra atención en eventos que deben ser

---

[5] Se habla así de riesgo legal (en terminología anglosajona a traducir como riesgo jurídico), reseñado en el título de este epígrafe, que es la antítesis de la seguridad jurídica anteriormente invocada y a la que todos tenemos derecho, y se trae aquí a colación en el contexto de los varios riesgos que convergen en el ámbito de la actividad financiera —riesgo de crédito (con su eventual actualización en cada caso, contemplada en sí misma como riesgo de impago), riesgo de liquidez, riesgo de tipos de interés, riesgo de cambio, riesgo de precio, riesgo país y riesgo operativo, además del riesgo legal—, a cuya cobertura han de destinarse recursos y habilitarse medidas —dotaciones contables, contribuciones al fondo de garantía de depósitos, suscripción de seguros institucionales, etc.—. Pues bien, la cobertura del riesgo legal o jurídico de las entidades financieras se encuentra encomendada a las respectivas Asesorías Jurídicas internas; además de otros cometidos relativos al riesgo de crédito [análisis previo a las operaciones de contingencias jurídicas de la persona o bienes del solicitante, y reclamación judicial de impagados] y al operativo [asesoramiento a las sucursales y departamentos y defensa judicial o extrajudicial de reclamaciones contra la entidad y acciones en caso de fraudes].

Y en ese contexto de los riesgos bancarios y en relación directa con el riesgo legal que aquí contemplamos, cumple asimismo recordar cómo el llamado riesgo de crédito trata en su fase de análisis el estudio del fundamento de la operación bancaria en cuyo desenvolvimiento ulterior el riesgo legal vive: se trata de las circunstancias económicas tenidas en cuenta como presupuesto a la hora de solicitar y conceder la operación financiera que se citan en el texto, se concretan en la solvencia del solicitante para hacer frente a los pagos periódicos en que se fracciona su prestación restitutoria —*Schuld*—, y además en su solvencia o capacidad patrimonial para responder —*Haftung*— de los incumplimientos en que pueda incurrir. Esta solvencia se valora con carácter general pero, de forma especial, con relación a los bienes especialmente afectos en garantía de la financiación que se presta, a los cuales se extiende la autonomía de la voluntad del deudor financiado, y de cuya limitación aquí se trata.

Una vez integrado en cada caso el presupuesto de solvencia y capacidad de pago, la prestación financiera se concreta generalmente mediante entrega y en exclusivo beneficio del financiado, quien a partir de ese momento debe hacer efectiva la restitución de la financiación y la retribución de la espera en que aquélla fundamentalmente se concreta y que supone —ésta retribución materializada en los intereses previstos— la justa compensación y retribución del servicio financiero prestado y en consideración a cuyo mantenimiento —plazo pactado— y a las circunstancias de solvencia y capacidad de pago acreditadas, se fijaron las condiciones económicas —tipo de interés—.

soportados y encajados por la relación financiera, bien por razones ontológicas, bien por razones de orden público o bien por mediar una norma jurídica que habilite en principio una actuación potestativa y unilateral del financiado como parte contractual.

De entre estos supuestos nos centraremos en dos de los eventos que a esta fecha siguen resultando problemáticos y respecto de cuya actualización en el caso de la contratación financiera se sigue haciendo preciso su tratamiento por el ordenamiento en orden a la adecuada composición de los intereses en conflicto.

Con todo, y a los efectos de explicitar el sentido y principios reguladores del ordenamiento jurídico español en la materia, traemos a colación supuestos de agresión de la solvencia, constituida por la garantía real constituida, que provienen ora de hechos de la naturaleza (destrucción asegurada de la finca), de actos reglamentados de tercero (expropiación forzosa de la finca), y de actuaciones legales del propio financiado (venta y división de la finca hipotecada), cuya legitimidad asienta la propia Ley mediante un régimen jurídico adecuado.

En el caso de los dos primeros supuestos citados, de eventos futuros e inciertos —de la naturaleza o de terceros—, existen ejemplos en nuestro Derecho positivo vigente de previsión normativa en orden a la minimización de los efectos de su eventual pero inevitable incidencia en una relación financiera por hipótesis preexistente. Nos referimos ahora a los supuestos de destrucción de la finca hipotecada en garantía del préstamo concedido y a los supuestos de expropiación de la misma.

En uno y otro caso y por aplicación del principio jurídico de la subrogación real, se modulan las consecuencias que la titularidad formal de las indemnizaciones —que en ambos casos corresponden jurídicamente en principio al financiado—, podrían derivarse en perjuicio de la solvencia tenida en cuenta a los efectos de la financiación prestada. Tal modulación pasa por la exclusión del ejercicio libre del derecho de crédito a la indemnización por parte del financiado que en principio le correspondería en virtud del contrato de seguro y del acto administrativo correspondientes, con la correlativa extensión —para indemnidad del financiador—, de la afección que pesaba sobre la finca, a las cantidades que con ocasión de la pérdida —física o jurídica— de su dominio hayan de corresponder al propietario financiado [6].

---

[6] En el artículo 110 de la Ley Hipotecaria se recurre a la "fictio iuris" de asimilar las indemnizaciones citadas (apartado 2.º) a los frutos y accesiones de la finca (apartado 1.º), hablando también respecto de éstas de que "se entenderán hipotecados, *juntamente con* la finca", cuando en realidad sería "en lugar de"; y enfatizando asimismo la modulación que tal regulación entraña respecto de la autonomía negocial del financiado, cuando dice *"aunque no se mencionen en el contrato"* —se entiende, de financiación— y añadimos, y aunque no esté así previsto expresamente en el otro contrato involucrado, esto es, el de seguro.

En los restantes supuestos de los mencionados, consistentes ahora ya en actuaciones deliberadas y unilaterales del financiado sobre su propia solvencia y la garantía prestada, son conocedores de una regulación adecuada, y por esta misma razón en sí mismos —como ya hemos dejado apuntado— no entrañan riesgo legal al encontrarse sus efectos debidamente limitados en el ordenamiento jurídico vigente. Pensamos tanto en la transmisión de la finca hipotecada por el financiado-propietario, como en la división que de la misma pueda realizar. Tanto en uno como en otro caso, la posible incidencia de su actuación jurídica unilateral como propietario tendrá trascendencia en cuanto a la garantía constituida y en la misma medida en cuanto a la financiación prestada con causa en aquélla, solamente si media al efecto el consentimiento del financiador (7).

Pero, lamentablemente, subsisten en nuestro ordenamiento jurídico supuestos que carecen de regulación precisa y son los que realmente constituyen el objeto de estas reflexiones. Se trata de los supuestos que siguen encerrando riesgo legal causado por la falta de previsión legislativa precisa y específica ante eventuales actuaciones voluntarias y unilaterales del financiado formalmente ajustadas a la legalidad general, las cuales tienen su origen en normas jurídicas, y respecto de las cuales el "alea" —inherente al riesgo legal de que hablamos— viene dado por las disfunciones que el ordenamiento contiene, ora por lo inesperado y sorpresivo de la figura contractual a la que la norma preexistente se trata de aplicar, ora por lo inesperado y sorpresivo de la norma misma y de su omisión de regulación en cuanto a los corolarios que su aplicación pueda acarrear más allá de sus efectos directamente queridos.

En el primer caso tenemos en mente la aparición en nuestro ordenamiento jurídico de la financiación por medio del contrato de "leasing financiero" y, en relación con él, los problemas —cifrados en una incompleta e inconexa legisla-

---

(7) En el caso de la transmisión de la finca hipotecada, el artículo 118.I de la Ley Hipotecaria supedita el desligamiento del financiado —con correlativa asunción de la financiación por el adquirente de la finca hipotecada por el elegido—, a que el financiador (de quien la financiación se ha obtenido en atención a las circunstancias concretas no solamente de la finca —solvencia— sino también del financiado inicial —capacidad de pago y solvencia personal—) *"prestare su consentimiento"*.

En el caso de división de la finca hipotecada, el artículo 123 de la Ley Hipotecaria previene que la división sobrevenida —"ex post"— de la finca ya hipotecada que hiciere el financiado solamente repercutirá en la financiación prestada, suponiendo la distribución del gravamen entre las fincas resultantes, si el financiado lo acordare con el financiador, añadiendo que en otro caso el financiador podrá repetir por la totalidad de la financiación contra cualquiera de las fincas; posibilidad ésta que el legislador no admite "ex ante" —vid art. 119 L.H.— y que sin embargo viene a consentir en el supuesto enunciado, poniendo así de manifiesto el rechazo o disfavor con que las actuaciones unilaterales del financiado sobre la finca hipotecada deben ser tratadas en su repercusión sobre la financiación prestada.

ción en la materia— derivados de la aplicación al mismo de las normas preexistentes, y en concreto de la facultad alternativa del artículo 1124.II del Código Civil en relación con el artículo 50 del Código de Comercio.

En el segundo supuesto contemplamos la irrupción en nuestro ordenamiento de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, y a su vista, los problemas —derivados de una dudosa práctica registral— de la aplicación de las posibilidades legales sobre permuta de rango registral en caso de segunda hipoteca.

III. AUTONOMÍA NEGOCIAL DEL FINANCIADO

Los supuestos de hecho de uno y otro caso los pasamos a reseñar muy brevemente.

En el caso del leasing, tratamos del incumplimiento contractual del suministrador del bien financiado y del ejercicio por el beneficiario de la financiación —en virtud de cesión de acciones y/o contrato por el financiador— de la acción resolutoria del contrato de suministro que le concede —aparte de lo contractualmente previsto— con carácter general el artículo 1124 del C.c. en relación con el artículo 50 del C.com.; y dentro del caso tratado, contemplamos la modalización —en los términos que expondremos— de la autonomía de la voluntad del financiado concretada en el ejercicio de la facultad alternativa de exigir el cumplimiento o bien de exigir la resolución contractual.

En el caso de la Ley de subrogaciones, tratamos de la constitución de segunda hipoteca por el mismo financiado-propietario y sobre la misma finca, en garantía de un nuevo préstamo concluido entre los mismos financiador y financiado; y contemplamos la modalización —o en todo caso, la viabilidad registral de la modalización que se autoimpongan las partes, en los términos que expondremos— de la autonomía de la voluntad del financiado en orden a subrogar en favor de un nuevo financiador el préstamo garantizado con la primera de las hipotecas, en perjuicio de la segunda y en perjuicio también de quien subsiste como financiador solamente con la garantía de la segunda hipoteca.

En uno y otro caso la Ley concede al financiado unos derechos potestativos o facultades de configuración jurídica, si bien en cuanto a su ejercicio normal se plantean disfunciones claras derivadas, en el caso del leasing, de una a todas luces incompleta regulación positiva, y en el caso de la segunda hipoteca y su anteposición en caso de subrogación de la primera, las disfun-

ciones provienen de una interpretación roma de la Ley originando exorbitancias en el ámbito de su interpretación registral en perjuicio del financiador [8].

Debemos recordar en esta sede que la autonomía negocial del financiado pasa, una vez aprovechada la financiación prestada, por cumplir bien y puntualmente las obligaciones restitutorias y remuneratorias a su cargo impuestas; haciendo así buenas las previsiones de capacidad de pago por él proclamadas en orden a la obtención de la financiación. Asimismo y con el lugar preferente que le confiere su ascendencia causal en la total operación y en el negocio jurídico financiero, tal autonomía de la voluntad pasa por abstenerse —en la línea de lo regulado en la Ley Hipotecaria y de lo apuntado por CICU en cuanto al deber de respeto del deudor respecto de la posición del acreedor— de actuaciones que puedan perjudicar su solvencia contemplada en orden a la obtención de la financiación prestada.

La pregunta a formular es la siguiente: ¿cabe, a la vista de las disfunciones —normativas y orgánicas— que presenta nuestro ordenamiento jurídico actual, un ejercicio legítimo de la autonomía de la voluntad del financiado de derechos potestativos o facultades de configuración jurídica legalmente conferidas en perjuicio de la financiación por hipótesis vigente y a su favor prestada?

Más concretamente, y en cuanto al leasing se refiere ¿puede el usuario financiado por leasing, a la vista de defectos en el equipo financiado, entablar acción contra el suministrador solicitando directa y exclusivamente —por sí y ante sí— la resolución contractual, con el efecto resolutorio encadenado de la financiación prestada?

Y en fin, en cuanto a la subrogación hipotecaria se refiere ¿puede legítimamente rechazarse por el Registro de la Propiedad correspondiente un pacto de posposición de rango para el caso de que el financiado ejercite su facultad subrogatoria solamente en cuanto a la financiación garantizada con la primera hipoteca, dejando al financiador global inicial con una garantía con rango de segunda?;

---

[8] A título ilustrativo de los llamados derechos potestativos o de formación o modificación jurídica, y habida cuenta de la relevancia que adquieren en el presente estudio, colacionamos a CASTÁN, J. (*Situaciones jurídicas subjetivas,* Reus, Madrid, 1963 —pp. 39 y 40—): "Entre las simples facultades jurídicas y los más propios derechos subjetivos dotados de una acción, hay una porción de figuras intermedias, que han sido, en estos últimos tiempos, destacadas y sistematizadas principalmente por los pandectistas. Se trata de casos en los que determinadas personas tienen facultad o poder para provocar un efecto o modificación jurídica (es decir, el nacimiento, la extinción o la modificación de derechos subjetivos), de tal modo que, aun cuando *el efecto que se produzca afecte a la esfera jurídica de otras personas*, es independiente de la voluntad y de la actividad de éstas, y no supone, en consecuencia, pretensión o acción dirigida contra ellos. MESSINA define los derechos potestativos como 'aquéllos en cuya virtud su titular puede influir sobre situaciones jurídicas preexistentes, mudándolas, extinguiéndolas o creando otras nuevas *mediante propia actividad unilateral'*..." (s.n.).

¿puede admitirse —excluyendo mecanismos convencionales de sanción— el ejercicio por el financiado de su facultad subrogatoria sin consentimiento del acreedor solamente en cuanto a la primera hipoteca, en perjuicio de la segunda?

Pasamos pues a exponer los fundamentos conducentes a una contestación negativa que decidida y modestamente desde esta tribuna propugnamos.

IV. LÍMITES DERIVADOS DE LA FINANCIACIÓN PRESTADA

Los citados límites a la autonomía de la voluntad del financiado, su entidad y su eficacia enervadora del ejercicio de derechos potestativos o facultades de configuración jurídica en su favor legalmente previstas, pero en fraude de los derechos del financiador, parten de la presencia de una financiación prestada con fundamento en la confianza generada y con causas objetivas (solvencia) y subjetivas (capacidad de pago) residenciadas en la persona y patrimonio del financiado.

Asimismo, subrayamos que el riesgo legal aquí tratado —residenciado en suministro e hipoteca— con incidencia en la parte financiera del contrato —leasing y préstamo— se pone de manifiesto en los dos supuestos contemplados, con ocasión de sendas conexiones contractuales que vinculan causalmente dos contratos que son entre sí heterogéneos —el suministro y la financiación en el caso del leasing mobiliario— en un caso, y homogéneos —los préstamos garantizados con primera y segunda hipoteca— en el otro. Es la presencia de estas respectivas conexiones causales —incluida la respectiva función económico social— la que debe aflorar a un primer plano, pues solamente a su vista, en función de la influencia continuada de la causa, se pueden comprender cabalmente los requerimientos institucionales que en cada uno de los supuestos imponen las modalizaciones que se terminan proponiendo, con los fundamentos concretos que se dirán [9].

---

[9] A este respecto cumple recordar las palabras de DE CASTRO (*El negocio jurídico,* I.N.E.J., Madrid, 1967 —p. 258—) que si bien han sido enunciadas para la causa de un negocio, deben valer para los casos como los que nos ocupan de conexión causal negocial —homogénea en caso de las dos hipotecas sucesivas y heterogénea en caso de compraventa y financiación en el leasing—: "La causa tiene un doble significado. El que ha sido estudiado en el capítulo anterior, de requisito para la eficacia del negocio (art. 1261), y este otro, de que la relación negocial alcance una eficacia mayor o menor. Significado que se exterioriza en la *eficacia de los derechos y obligaciones que la relación contenga y, mediatamente, en la de los que de ella se vayan desprendiendo al consumarse y logren vida independiente como derechos subjetivos* [o, nos permitimos añadir, como derechos potestativos]. De este modo, la naturaleza de la causa y el carácter que ella imprime a la relación negocial se traduce en la *diferente potencialidad de derechos y titularidades*, ya sea 'inter partes' o en relación con terceros. Influjo mediato de la causa negocial que constituye uno de los ejes del sistema de Derecho privado, en la esfera patrimonial" (s.n.).

A continuación pasamos pues a fundamentar la necesidad deontológica de las citadas limitaciones a imponer a las también citadas potencialidades, desde el doble punto de vista de la jurisprudencia de intereses y de la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico vigente, sin perder de vista los principios positivados en las regulaciones completas ya enunciadas "supra" y que desde hace tiempo contiene nuestro Derecho con relación a casos análogos que, gracias a tal regulación, han dejado hace ya tiempo de ser problemáticos, y de entrañar por ende riesgo legal.

1. Nuevos contratos: leasing mobiliario

No ofrece dudas la conceptuación como contrato complejo del leasing mobiliario, tampoco las ofrece la conexión causal entre el suministro y la financiación, y tampoco las debieran ofrecer las modalizaciones que al régimen ordinario del primero —suministro— deben entenderse impuestas por la presencia de la segunda —financiación—, en concreto en lo que a los remedios para el caso de incumplimiento del primero se refiere [10].

A) Derecho potestativo examinado

En el caso del contrato de "leasing", la facultad de configuración jurídica de cuyo ejercicio y límites se trata es la conferida con carácter general al titular de una posición jurídica onerosa en el artículo 1124.II del Código civil, y en cuya virtud y mediando al efecto previsión contractual explícita por la que se cedan por el financiador las acciones derivadas de la posición de suministrado al usuario, el usuario financiado, en el caso de incumplimiento por el suministrador de su obligación de entrega del equipo pactado (v.gr. por resultar ésta inhábil a los efectos del uso a que se naturalmente se destina) tiene en principio

[10] En términos muy claros sobre tal conexión causal se ha pronunciado el Tribunal Supremo (S. 26 de febrero de 1996 —Ar. 1264—): "...en el orden o aspecto jurídico (...) se articula a través de dos contratos, netamente diferenciados, aunque conexionados y dependientes entre sí por su confluencia en la obtención de la antes referida triple función económica: un contrato de compraventa por el que la sociedad de leasing adquiere del proveedor los bienes previamente seleccionados por el usuario y un arrendamiento con opción de compra o arrendamiento financiero, por el que la sociedad de leasing cede durante cierto tiempo la posesión y disfrute de tales bienes al usuario mediante una contraprestación dineraria fraccionada, con otorgamiento de una opción de compra a su término por el valor residual fijado en el contrato...".

la posibilidad de instar o bien el cumplimiento o bien la resolución del contrato, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos (11).

Nos permitimos modestamente añadir al autorizado análisis de GARCÍA SOLE, y desde la perspectiva que el presente estudio nos proporciona, que cabría añadir un tercer ordinal a los dos apuntados con un tercer requisito para la efectividad de la total indemnidad de la financiadora por el riesgo a ella ajeno de la mala elección del suministrador o del equipo: la exclusión legal —o al menos, de momento, jurisprudencial, o convencional con admisión judicial como terminaremos proponiendo— del ejercicio libérrimo del usuario empresario de la facultad de resolver el contrato de suministro del equipo, en virtud de las acciones que previamente se le han cedido o en las que se le ha subrogado.

Reflejo jurisprudencial de lo expuesto por GARCÍA SOLE lo encontramos recientemente en la doctrina del mismo Tribunal Supremo (12).

---

(11) A los efectos de ilustrar el supuesto contemplado, y por su claridad y enfoque desde el punto de vista del riesgo, reproducimos las palabras de GARCÍA SOLÉ, F. ("Leasing. Acción directa del usuario frente al vendedor. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 23 de abril de 1991" en La Ley 1991-4, 535), a cuyo tenor: "definido el leasing como un contrato financiero propio de determinadas Entidades de Crédito, los *riesgos* que debe sufrir el arrendador financiero son los propios de este tipo de contratos, es decir, fundamentalmente, el *riesgo de impago* de la cantidad invertida más sus cargas financieras o intereses. Además, por la propia naturaleza del contrato, la compañía de leasing debe asumir el *riesgo de desvalorización* del bien cedido en leasing, en caso de devolución del mismo por el usuario a causa del no ejercicio de la opción de compra (riesgo contra el que la sociedad de leasing se intenta proteger en ocasiones mediante el establecimiento de convenios de recompra con los distintos proveedores).

Pero además de estos *riesgos* expuestos, no debe sufrir los *derivados de la mala elección del proveedor o del material*, en la que la compañía de leasing no participa.

...Parece por tanto que la cláusula de exoneración de la Compañía de leasing por las condiciones del bien objeto de la operación de arrendamiento financiero es admitida con carácter general por doctrina y jurisprudencia.

Pero (...) para que dicha cláusula de exoneración sea válida y efectiva es necesario que concurran dos circunstancias:

1.ª) Que la sociedad de leasing no actúe con dolo y no conozca los vicios ocultos de la cosa...

2.ª) *Que se pacte expresamente la subrogación por parte de la sociedad de leasing y a favor del usuario para que ejercite sus derechos,* pues de otra forma dicho usuario se encontraría en una situación de indefensión" (s.n.).

(12) Así el Tribunal Supremo (S. 24 de mayo de 1999 —Ar. 3264— F.J. 4.º): "según la doctrina, y *conforme a la sana práctica comercial*, en los contratos de 'leasing' es frecuente hallar como cláusulas independientes, o fundidas en una misma, tanto la exoneración de responsabilidad, respecto de las utilidades del bien entregado al usuario, como la cesión de acciones en favor del usuario, subrogándolo en los derechos que asisten a la entidad de crédito o financiera como compradora. La citada cláusula de exoneración cobra, en efecto, sentido *en cuanto se pacte*, al mismo tiempo, la correlativa transmisión de las acciones que tenga la entidad crediticia, en su calidad de compradora frente al vendedor, en favor del usuario. Así

La cuestión aquí presentada radica pues en dilucidar si la exoneración de la entidad financiera del riesgo comercial, pactada en el contrato de leasing en favor de la entidad financiera, y necesariamente acompañada de la correlativa cesión de acciones al usuario derivadas del citado riesgo comercial, puede quedarse reducida a la nada por la voluntad unilateral del usuario si, ejercitando el usuario las acciones recibidas en contrapartida de aquella exoneración, puede mediante su ejercicio provocar con carácter reflejo —pero no por ello menos contundente— la destrucción de la posición acreedora de la entidad financiera cuya exoneración se pactó.

En términos de Derecho positivo se trata de discutir una posible arbitrariedad en la elección de la facultad alternativa concedida al usuario en orden al ejercicio por él de la acción del artículo 1124.II derivada del contrato de suministro; en definitiva se trata también de reconducir tal opción a los términos implícitos en el inciso final del citado párrafo II del artículo 1124 del C.c., el cual deja con carácter subsidiario la pretensión resolutoria respecto de la de correcto cumplimiento.

En términos de práctica procesal se trata de discutir el proceder habitual, también en el caso de leasing mobiliario, de que se opte única y exclusivamente por la resolución del contrato de suministro, ignorando siquiera la presencia de la otra opción de reclamar el cumplimiento.

Es precisamente el ejercicio de la facultad de optar —dentro de la disyuntiva legalmente planteada— y la opción casi sistemática adoptada por los Abogados de los usuarios pretendiendo la resolución contractual, la que plantea en el caso del leasing mobiliario la disfunción que se enuncia en el apartado siguiente y respecto de la que terminaremos proponiendo soluciones.

B) Problema advertido

En el plano económico y en línea de máxima, sólo mediante la intervención de la entidad financiadora el suministrador ha cobrado al contado; y solamente de tal modo el financiado ha podido comenzar a extraer la utilidad correspondiente al equipo, iniciando el aprovechamiento de su vida útil, sin aportar para ello entrada alguna y beneficiándose de fraccionamientos de la

---

S.T.S. 26 de febrero de 1996 (Ar. 1264) destaca el carácter de contrapartida que tiene tal cesión, al poner de relieve que la sociedad de 'leasing' no responde al usuario del buen funcionamiento o idoneidad de los referidos bienes, pero, como compensación de ello, subroga *(con subrogación convencional expresamente pactada)* al arrendatario usuario en todas las acciones que, como compradora, le puedan corresponder frente a la entidad proveedora-vendedora. En otro supuesto, la cláusula de exoneración habría de entenderse abusiva y habría de responder, en primer lugar, el arrendador financiero".

obligación de reembolso por su parte del precio por su cuenta satisfecho —claro es, con la carga financiera correspondiente—.

En la medida en que el suministrador no tiene que financiar él mismo, y el usuario financiado no tiene más que ir desembolsando las cuotas pactadas con la financiadora, y en la medida también en que todo ello se produce gracias a la intervención de la entidad financiadora, suministrador y financiado es justo y lógico que hayan de subvenir al mantenimiento de la rentabilidad financiera de la operación en el caso de que el riesgo que acaezca o se actualice no sea el financiero sino el otro concurrente, derivado de la operación comercial conexa, y que se deriva del incumplimiento de la prestación de entregar el equipo suministrado por tener defecto bastante para servir a su fin natural o pactado.

Pues bien, en la práctica sucede todo lo contrario, por cuanto con ocasión de defecto inhabilitante del equipo, el remedio planteado por el usuario pasa por la inserción en el suplico de su demanda de la pretensión de resolución del contrato de suministro, y en ocasiones hasta la de resolución del leasing mismo (13).

Con ello —con la resolución contractual del suministro— indefectiblemente está frustrando —habiendo alternativas inocuas— las perspectivas de rentabilidad de la financiadora gracias a la cual la operación fue posible, y no cabiendo que sea en su perjuicio que la operación termine anticipadamente sin que previamente se intente su mantenimiento mediante una pretensión de cumplimiento "in natura" (14).

---

(13) Así puede comprobarse, a título de ejemplo, mediante el repaso somero —remitiendo al lector al texto de la sentencia para su lectura "in extenso"— de los antecedentes del caso fallado mediante Sentencia del T.S. de 04/12/1997 (Ar. 1121) —F.J. I— a cuyo tenor: "Don Demetrio T.D. promovió juicio declarativo de menor cuantía contra la compañía mercantil 'E., S.A.' y la, también, mercantil 'R. Leasing de España, S.A.' sobre ejercicio de acción resolutoria contra la primera de las referidas mercantiles, y acumulativamente, de anulabilidad contra la segunda de ellas, pretendiendo que la sentencia a dictar declarase los siguientes pronunciamientos: 1.º) La resolución del contrato de compraventa (...) 2.º) La anulación del contrato de arrendamiento financiero (...) y 3.º) Subsidiariamente, la anulación del contrato de arrendamiento financiero...".

(14) Sobre la indefectibilidad e injusticia de la frustración financiera provocada por el acogimiento de la pretensión judicial de la pretensión conducente a la frustración comercial, véanse las claras palabras del T.S. en su Sentencia de 26 de febrero de 1996 —Ar. 1264— (F.J. 10.º): "Dada la mutua interconexión o dependencia funcional que existe, en todo contrato de (...) leasing, entre éste y el de compraventa que, con anterioridad o simultáneamente, ha de celebrar la entidad arrendadora financiera y la proveedora o suministradora de los respectivos bienes de equipo, *la resolución, ya acordada, del contrato de compraventa, ha de comportar necesariamente la del arrendamiento financiero,* por lo que igualmente procede acordarlo así, debiendo la arrendataria financiera devolver los equipos litigiosos a 'N.C. Leasing' para que ésta a su vez pueda devolverlos a la proveedora; así como *la arrendadora financiera deberá restituir a la arrendataria las rentas mensuales que ya le había cobrado por dicho arrendamiento...*".

Y da buena cuenta de la fatal necesidad sustantiva que une a resolución del contrato de suministro con la terminación anticipada de la financiación, el fiel reflejo procesal de todo ello en la presencia de un litisconsorcio pasivo necesario de suministrador y financiera —con la consiguiente e injusta llamada al proceso de la financiadora— en tales casos. Litisconsorcio que, si bien es combatido en su presupuesto —pretensión resolutoria del contrato de suministro— en estas líneas y con carácter general, queda en todo caso y en línea de máxima así convenientemente justificado en virtud de la conexión de dos contratos heterogéneos, y sin que por tanto sea preciso recurrir a una muy dudosa trilateralidad del contrato de leasing (15).

Además del reconocimiento jurisprudencial implícito en pronunciamientos como el recién reseñado de un interés de la financiadora a ser procesalmente oída ante la cancelación anticipada de la financiación prestada, y a ser judicialmente tutelada en su defensa, y además de la injusticia de su citación judicial por asuntos a ella ajenos —primer daño—, tenemos en nuestro ordenamiento reconocimiento incluso a nivel legislativo del perjuicio inherente con carácter general a la terminación anticipada de la vida de una operación financiera —segundo daño—, desde el punto de vista de la entidad financiadora, y la consecuencia natural de la indemnizabilidad del perjuicio citado (bien sea potestativa del financiado —amortización anticipada— o bien provocada por incumplimiento del financiado —vencimiento anticipado—) además del reembolso del total financiado (16).

---

(15) En ocasiones, la conciencia jurídica de los demandantes de estar llamando a pleito a quien no debe en Justicia verse implicado ha dado lugar a procesos entablados solamente contra el suministrador en los que ha prosperado la excepción de litisconsorcio pasivo necesario planteada por éste. En estos casos, el suministrador está legítimamente demandado si hay vicios en el equipo, pero está erróneamente formulada la demanda al pretender solamente del suministrador a quien se cree culpable una resolución contractual cuyos corolarios pasan necesariamente por la intervención —sustantiva y por tanto también con reflejo procesal— de la financiadora, que no deja por ello de ser ajena a las visicitudes de la adquisición una vez concluida por ella con mandato especial del usuario. Así Sentencia T.S. 25 de junio de 1997 —Ar. 5210— (FJ 3.º): "Las sentencias de instancia hacen dos pronunciamientos que se refieren directamente a quien no fue parte en el proceso, 'Central de Leasing, S.A.': declarar (...) que la demandante destine el precio devuelto a cancelar el leasing ya celebrado con ésta".

(16) Véase sino la Exposición de Motivos de la Ley 2/1994 de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios —a la que luego nos referiremos en extenso—, cuando afirma, a los efectos de justificar la exigibilidad de la comisión de amortización anticipada que se hubiera pactado —sin limitación alguna— en los préstamos a tipo fijo —supuesto ordinario en caso de leasing con cuotas predeterminadas—, que *en los préstamos a tipo fijo el acreedor asume* (arg. "a contrario") *un elevado riesgo financiero* ("rectius": riesgo de tipos de interés).

En este orden de cosas, difícilmente puede entenderse admisible en Derecho un ejercicio arbitrario de una potestad conferida a favor del financiado que, utilizando como excusa el defecto del equipo —recuérdese además que por hipótesis habrá sido adquirido con las especificaciones por él formuladas y al suministrador por él designado—, le permita eludir la satisfacción de la total financiación prestada, e incluso —como veremos— obteniendo la recuperación de lo ya restituido, frustrando con todo ello el buen fin de la financiación. Le basta para frustrar arbitrariamente la financiación y eludir toda responsabilidad, por ello, con pretender la resolución del contrato de suministro sin siquiera intentar su mantenimiento —ante el suministrador por él elegido y respecto del bien por él precisado— (17).

No debe olvidarse además que, en sede de leasing mobiliario, estamos necesariamente considerando al usuario financiado como empresario, agricultor o profesional, ajeno de todo punto a amparos tuitivos destinados a los consumidores o usuarios particulares, y que el bien para ellos adquirido lo es a los efectos de su afección al ejercicio de su actividad productiva con un ánimo de un lucro, por otra parte tan respetable como lo es el que deriva de la actividad empresarial de la financiadora (18).

Asimismo, en el inciso final de la regla 3.ª del artículo 3 de la propia Ley 2/94 deja abierta la exigibilidad de indemnización por la entidad financiera subrogada en concepto de la amortización anticipada, mediante la que tal subrogación se opera, y ello aun tratándose de préstamos a tipo variable y por encima del tope legal prefijado en el 1 por ciento, "si la entidad acreedora demuestra la existencia de daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias —*ganancia por otra parte legítima que siempre se perderá con tal amortización anticipada y que, en sí misma, entraña ya un daño que siempre existirá*— producido de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada".

(17) No podemos dejar de recordar en este punto que, a tenor del artículo 1256 del C.c., la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden quedar al arbitrio de uno de los contratantes.

(18) Se hace eco de la unanimidad doctrinal en este punto BUITRAGO RUBIRA, J.R. (*El leasing mobiliario y su jurisprudencia,* Aranzadi, Pamplona, 1998 —pp. 245 y ss.—) citando como jurisprudencia una Sentencia del T.S. de 04/12/1997 —Ar. 8728— dictada —precisamente— en un supuesto en el que el empresario-usuario pretendía la aplicación de un precepto tuitivo de los consumidores dirigido a la llamada al proceso a personas distintas del suministrador final: "...no es posible (...) que las relaciones habidas entre las partes litigantes del actual procedimiento puedan quedar interferidas por las disposiciones reguladoras de la defensa de los consumidores y usuarios, Ley 26/1984, de 19 de julio, pues su artículo 11 y concordantes carecen de aplicación al caso de autos, en especial, cuando al actor Sr. T., por su actividad profesional, es sumamente difícil asignarle la condición de consumidor o usuario, a la vista de lo dispuesto en el artículo 1.3 de la precitada Ley...".

C) Solución propuesta

Se hace por todo ello —imputabilidad al usuario de la elección de bien y suministrador, y carácter empresarial de usuario y suministrador— ajustado a la razón el provocar, desde una firme convicción jurídica, el entendimiento entre ambos empresarios en orden a solventar entre sí las diferencias procedentes de defectos sustanciales en el equipo adquirido, dejando para ello y en principio al margen a la financiadora. Ello no empece sin embargo para que, simultáneamente, en el ámbito de la financiación prestada, se contemplen mecanismos —con asunción de su coste por la vendedora incumplidora en concepto de resarcimiento de daños y abono de intereses—, para que al usuario no se le ponga tampoco en la injusta necesidad de solicitar ampliación de la financiación al solo efecto —que por hipótesis no le es imputable— de la reposición de un bien en perfecto estado.

A mayor abundamiento, si el incumplimiento de la entrega de la cosa pactada en condiciones de servir para el uso a que se destina es asimilado jurisprudencialmente a la ausencia de entrega, lo que procede es exigir una entrega en condiciones; sin que se abra en este caso, por la vía de la resolución contractual, un portillo para que la financiación prestada y su eficacia quede al arbitrio libérrimo del usuario financiado [19].

Y continuando con la argumentación, si a fecha de hoy y claramente los Tribunales no permiten —seguramente por arbitrario y contrario a Derecho— que el usuario pida directamente la resolución del contrato de leasing —petición directa que supondría por hipótesis el reembolso de las cantidades en su favor anticipadas— [20] con mayor razón —"a fortiori"— y con los mismos motivos —"a simile"—, deberán esos mismos Tribunales excluir que tal facultad resolutoria la pueda ejercitar por la vía indirecta de solicitar la resolución contractual del suministro ex art. 1124.II C.c. en relación con el 50 del C.com.

---

[19] La presencia en el supuesto aquí planteado de falta de entrega —a la que aparejamos la necesidad de que se reclame la entrega misma, y no la resolución del contrato— queda patente en el pronunciamiento de la Sentencia del T.S. de 8 de marzo de 1989 —Ar. 2026—: "...la entrega de cosa distinta, en cuanto no cumple las características exigidas al respecto con arreglo al fin para que fue concertado el contrato, resulta inútil al fin de destino, *equiparable a la falta de entrega*, a la que alcanza el plazo de quince años establecido en el artículo 1964 para las acciones personales...".

[20] Así en Sentencia v.gr. TSJ Navarra 22 de mayo de 1992 —Ar. 6198— "...por la convenida exoneración de responsabilidad de la sociedad de leasing, la inidoneidad y vicios del material contratado *no facultan* al usuario para instar *directamente* la *resolución del arrendamiento financiero*..."

Otra cosa será, y se deja apuntada como propuesta adicional, que —además de los mecanismos de garantía de postventa en cada caso previstos— la financiadora predisponga en sus contratos con los suministradores de equipos un mecanismo arbitrador e imparcial a costa de éstos, por los que se someta a un perito la habilidad del bien para servir a su destino, eludiendo el costoso y largo proceso declarativo, y acortando así el plazo de dilucidación de la incidencia, con acortamiento también de los plazos de solución y reposición en su caso del bien, y minimizando con todo ello los perjuicios del usuario por verse privado del bien. Es claro que el coste de todo ello en todo caso lo debe soportar la entidad suministradora.

No se trata en definitiva más que de trasponer al Derecho interno lo que internacional y contundentemente está ya normado en el artículo 10 del Convenio UNIDROIT sobre leasing internacional suscrito en Ottawa el 29 de mayo de 1988, especialmente en su párrafo II.

"Art. 10.1. The duties of supplier under the supply agreement shall also be owed to the lessee as if were a party to that agreement and as if the equipment were to be supplied directly to the lessee. However, the supplier shall not be liable to both the lessor and the lessee in respect of the same damage. 2. Nothing in this article shall entitle the lessee to rescind the supply agreement **without the consent of the lessor".** [Traducimos: "1. Las obligaciones del proveedor derivadas del contrato de suministro corresponderán también al usuario como si hubiera sido parte en el contrato de suministro y como si el equipo le hubiera sido suministrado directamente a él. Sin embargo, el proveedor no estará sujeto a responsabilidad por el mismo evento simultáneamente ante el financiador y el usuario. 2. Lo expresado en el párrafo anterior en ningún caso habilita al usuario para resolver o rescindir el contrato de suministro sin el consentimiento del financiador".]

Es decir, solamente si media al efecto consentimiento expreso del financiador, podrá el usuario optar por resolver el contrato comercial, con el efecto reflejo derivado de la conexión causal existente, de tener por resuelta la financiación misma.

Esta justa exigibilidad de consentimiento del financiador previa a la instancia de la resolución del contrato comercial financiado, en defensa de su posición puramente financiera y ajena en sí misma a las vicisitudes del suministro, está en la línea de lo ya legislado en nuestro Derecho patrio para la financiación hipotecaria en los supuestos enunciados al principio, constituyendo por tanto ya a fecha de hoy y en Derecho español, un principio general de aplicación, por qué no —artículo 1.4 del C.c. en relación con el artículo 2 del C.com.—, al contrato de leasing y legitimador de los pactos que en tal sentido se puedan insertar y de las decisiones que en relación al mismo se hayan de dictar.

Y aun en los casos excepcionales en los que en Derecho —según se dejó apuntado "supra" citando a GARCÍA SOLE— procediese dirigir por el usuario acción resolutoria con necesaria citación del financiador y todo ello sin su consentimiento, por serle imputable en el caso hipotético y excepcionalmente (supuesto de dolo) riesgos derivados de la operación comercial conexa, debe regir la subsidiariedad —ya invocada "supra" con referencia al inciso final del artículo 1124.II del C.c. en relación con el artículo 50 C.com.— en tal legitimación pasiva de la financiadora, según ya se recoge para los consumidores —"a fortiori" aplicable a los empresarios y "a simile" salvando las distancias institucionales entre compraventa financiada y leasing— en el artículo 15 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, a cuyo tenor:

"1. El consumidor, además de poder ejercitar los derechos que le corresponden frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato de crédito, podrá ejercitar esos mismos derechos frente *[añadimos, 'o en perjuicio de']* al empresario que hubiera concedido el crédito, siempre que concurran todos *[nótese el alto nivel de exigencia y por ende la excepcionalidad del supuesto: 'todos']* los requisitos siguientes: (...) e) Que el consumidor haya reclamado *[entiéndase bien: PREVIAMENTE]* judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho."

Como quiera que en el ámbito jurisdiccional civil rige el principio dispositivo y en el caso del leasing la legislación es defectuosa, cumple a los letrados de las entidades que financian en régimen de leasing invocar y fundamentar la desestimación de la demanda con pretensión resolutoria originadora del pleito al que se vean citados, por no haberse intentado previamente por el usuario la reclamación del cumplimiento correcto ante solamente el suministrador. A este fin les sería de gran utilidad la exclusión convencional en los contratos de la acción de resolución del contrato de suministro de entre las que se le ceden al usuario con ocasión de la suscripción del contrato de leasing.

2. Nuevas leyes: Ley 2/1994 sobre hipoteca inmobiliaria

En el supuesto planteado, se trata de la constitución de una segunda hipoteca sobre la misma finca en favor del mismo financiador y por el mismo financiado, en garantía de una financiación adicional.

Analizaremos sucintamente, a los efectos de los desarrollos posteriores y en orden a la solución a dar al supuesto aquí traído desde la praxis profesional de quien esto escribe, la causa de la hipoteca, la conexión causal entre primera y segunda hipoteca, y la supeditación y subordinación de la primera a la segunda hipoteca.

En cuanto a la causa del crédito hipotecario, traemos a colación la enunciación que de la misma se ha hecho por autorizada doctrina hipotecarista [21].

Configurada como queda en los autorizados términos transcritos la causa del crédito hipotecario, cumple ahora poner de manifiesto la imbricación causal profunda que une en su origen, desarrollo y extinción a la hipoteca constituida como primera y a la constituida como segunda sobre la misma finca, punto de partida del supuesto problemático que entraña en sí mismo el riesgo jurídico de cuya minimización ahora tratamos.

Tal relación causal, si bien se produce entre dos hipotecas cualitativamente homogéneas, en el plano jurídico concreto realmente se produce en unos claros términos de subordinación de la segunda a la primera hipoteca. Así se evidencia con la más mínima aproximación que se haga a la figura [22].

Tal supeditación cualitativa tiene asimismo un claro componente cuantitativo que se traduce en un menor valor [23].

Y este menor valor de la segunda hipoteca respecto de la primera no es sino el fiel reflejo de un riesgo jurídico que la financiación con segunda hipoteca ha venido tradicionalmente planteando —ya con anterioridad a la aparición de la Ley 2/94—, y que tenía en la práctica previstos mecanismos de minimiza-

---

(21) En concreto ha sido AMORÓS GUARDIOLA, M. (*La causa del crédito hipotecario,* Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990 —p. 93—) quien —tras un minucioso análisis de la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado— ha dejado sentado que "la causa del contrato de crédito hipotecario se corresponde en general con la función de garantía que a través de él se pretende", añadiendo en desarrollo de lo anterior que tal "causa o función de garantía (...) atribuye al acreedor hipotecario esa especial situación consistente en *poder hacerse pago con cargo al precio que se obtenga de la venta en pública subasta de la finca hipotecada en caso de incumplimiento voluntario por el deudor*", concluyendo que "tal es la función típica que cumple la hipoteca y constituye su justificación causal" (s.n.).

(22) En términos también autorizados lo dejó claramente escrito GUILARTE ZAPATERO, V. (*La segunda hipoteca en Derecho español,* Bosch, Barcelona, 1966 —p. 53—) quien afirma que "la fundamental característica de la segunda hipoteca es *estar supeditada* en su existencia, desenvolvimiento y eficacia a la vigencia y contenido del gravamen hipotecario precedente" (s.n.).

(23) Así lo afirma rotundamente el autor recientemente citado al decir (GUILARTE ZAPATERO, V., op. cit., p. 65) que "lo que no se puede dudar es que la primera hipoteca *siempre tendrá un mayor valor* que la segunda, incluso en el caso de seguridad similar, ya que el puesto implica unas ventajas que no se pueden compensar: concretamente la subsistencia frente a cualquier ejecución" (s.n.).

ción concretados convencionalmente en un menor plazo de duración, un menor importe financiado y un mayor tipo de interés [24].

Veamos a continuación hasta qué punto subsisten como eficaces o resultan burlados los mecanismos de minimización del mayor riesgo derivado de la financiación adicional con segunda hipoteca, a la vista de la Ley 2/94 citada, a la vista de la conducta del financiado y a la vista también de la interpretación que de aquélla hacen las personas que tienen a su cargo los Registros de la Propiedad.

A) Derecho potestativo examinado

La irrupción en nuestro ordenamiento de la Ley 2/1994 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios habilita en forma detallada, y con engarce preciso y directo en el artículo 1211 del Código Civil, la sustitución por el deudor del acreedor con garantía hipotecaria sin consentimiento del financiador inicial sustituido, todo ello en orden a la minimización de la repercusión sobre el financiado del riesgo de tipo de interés derivado de una coyuntural bajada de tipos en el mercado financiero español [25].

---

(24) Así se afirma en la monografía de GUILARTE ZAPATERO, V. —op. cit., p. 65—. Sobre el menor plazo de duración, cuando afirma que "es frecuente que las segundas hipotecas (... tengan ...) una menor duración que las primeras"; sobre el menor importe financiado, al afirmar que "es frecuente, desde otro punto de vista, que las segundas hipotecas aseguren deudas de un menor valor..." y en cuanto al mayor tipo de interés, al decir que "considerada la hipoteca como forma de inversión de capitales, hemos de afirmar con HEDEMANN que a todo capitalista interesa obtener el mayor interés posible dentro de la máxima seguridad. Como consecuencia de ello, ante la imposibilidad de conciliar al máximo las dos exigencias que forzosamente han de ser incompatibles entre sí, nos encontramos con que la segunda hipoteca se caracteriza por una menor seguridad, lo que, naturalmente, se verá contrarrestado *en parte* por unos intereses más elevados" (s.n.).

(25) Según la exposición de motivos de la Ley 2/94: "El descenso generalizado de los tipos de interés experimentado en los últimos meses ha repercutido, como es lógico, en los préstamos hipotecarios, parece razonable y digno de protección que los ciudadanos que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos puedan beneficiarse de las ventajas que supone este descenso. Pero, por otra parte, la situación de estos prestatarios se ve agravada por la concurrencia de una doble circunstancia, que determina la inviabilidad económica del 'cambio de hipoteca': la fuerte comisión por amortización anticipada, impuesta por las entidades crediticias al tiempo de otorgar el contrato y la duplicación de gastos que implica la cancelación de un crédito hipotecario y la constitución de otro nuevo (...) Esta situación, históricamente reiterada, puede encontrar solución adecuada por la vía de la subrogación convencional prevista por el artículo 1211 del Código civil que la configura como un acto potestativo —voluntario— del deudor (...). Resulta por ello procedente establecer una regulación específica del referido supuesto —acotado por el artículo 1—, que facilite su desarrollo y abarate su coste...".

Pero a la hora de aplicar los mecanismos previstos en esta Ley para la minimización del riesgo de tipo de interés soportado por el financiado, no pueden perderse de vista los fines perseguidos y muy especialmente los límites impuestos, excluyentes en todo caso de la arbitrariedad, cuyo ámbito está vedado tanto a la autonomía de la voluntad del financiado —a la que se refiere expresamente la exposición de motivos de la Ley—, como a la de cualquier otro sujeto de Derecho. El coste o sacrificio que en contrapartida exige la minimización del riesgo de tipos que a la sazón pesaba sobre el financiado es claro y doble: a cargo de las entidades financieras, la reducción "ex lege" de la comisión pactada por cancelación anticipada en casos de préstamos a tipo variable, y a cargo de Registradores, Notarios y Hacienda, reducciones arancelarias y bonificaciones fiscales que, guste o no, tienen la obligación legal de asumir sin que para eludirlas les sea dable reducir arbitrariamente en ámbito de aplicación de la norma.

Partiendo por tanto del ejercicio por el financiado con su financiador de su derecho subjetivo de propiedad —artículo 107 L.H. en cuya derogación fáctica parecen trabajar algunos Registradores— concretado en la constitución de una segunda hipoteca en garantía de una financiación adicional, con la Ley 2/1994 y la habilitación de cauces ágiles y económicos de subrogación que trae consigo, se introduce realmente un derecho potestativo sustantivo —no contemplado hasta entonces en toda su trascendencia hipotecaria—, y con él se introduce un factor de riesgo adicional (mayor riesgo) derivado, no ya de la mera presencia de un acreedor distinto del titular de la segunda hipoteca como titular de otra con rango de primera —riesgo inicial—, sino de la posibilidad de que siendo inicialmente el mismo acreedor el titular de ambos gravámenes —con lo que los mecanismos tradicionales citados de minimización del riesgo no han tenido por qué operar, beneficiándose así el financiado de una financiación mayor a tipo menor—, pueda por sí y ante sí el financiado modificar sobrevenidamente tal situación, introduciendo en liza con su sólo consentimiento y con carácter forzoso para el primitivo financiador, a otro nuevo con hipoteca preferente sobre la segunda con la que aquél resta solamente garantizado, en unas condiciones financieras que para nada reflejan —ni pueden reflejar "ex ante" por cuanto el préstamo garantizado con segunda hipoteca quedaría fuera del mercado— el riesgo jurídico que, aleatoriamente, dimana de algunos Registros de la Propiedad en los términos que se explicarán al tratar la disfunción advertida.

Es claro que con tal actuación estaría el financiado vulnerando claramente la conexión causal entre primera y segunda hipoteca según ya ha quedado expuesto. Y es por ello que aquí se propone —en los términos que se dirán— la necesidad de que la subrogación tenga por objeto, en caso de existir segunda hipoteca con el mismo financiador, a las dos financiaciones con sus respectivas garantías reales, conjuntamente.

Pero además, el sobrevenido mayor riesgo derivado del advenimiento de una clara vulneración —ya denunciada líneas atrás— por el financiado de la conexión causal entre primera y segunda hipoteca, tampoco es traducible "ex post" en las condiciones financieras de la segunda hipoteca; y ello por cuanto la lógica y consecuente elevación sobrevenida de los tipos de interés y reducción de plazo de la segunda hipoteca pasa ahora necesariamente por un nuevo consentimiento del financiado, quien difícilmente va a acceder a prestarlo en cuanto que conllevaría —bien que provocado por él mismo— un empeoramiento —por otra parte, de todo punto legítimo— de su situación financiera.

Dicho lo anterior, al hilo del derecho subjetivo de constituir segunda hipoteca, y del derecho potestativo de subrogar, cumple añadir que al mayor riesgo derivado de la posibilidad —de cuyo aquilatamiento aquí tratamos— de subrogar la primera hipoteca, debemos agregar la posibilidad de mayor daño al financiador inicial que puede causar el incumplimiento de la obligación garantizada con la segunda hipoteca.

En caso de imputación del eventual impago (impago que en sí mismo entraña un riesgo autónomo y distinto del legal según dejamos dicho) por el financiado a la segunda de las hipotecas —a lo que le empujaría además la hipotética y adecuada elevación de su coste concretado en tipo de interés por su mayor riesgo—, claramente podrá el financiado con el acto injusto del impago ocasionar ahora un mayor daño —mayor, se entiende, que el mayor de los posibles daños al acreedor por la cancelación anticipada ya contemplado en el artículo 3.3.ª de la Ley 2/1995 citada "supra"— al financiador perjudicado con tal impago [26].

---

[26] En cuanto al incumplimiento contractual como acto injusto, es ya clásica la aportación de PUIG PEÑA, F. ("El incumplimiento contractual como acto injusto", en R.D.P., marzo de 1945) quien escribió (p. 151) que "el incumplimiento es una situación antijurídica, y conviene insistir bien sobre esa orientación. La teoría del injusto debe recibir en la dogmática moderna un ensanchamiento de contenido y fronteras que la saque, por así decirlo, del área punitiva en que hasta ahora figura. La técnica alemana, en su afán de dotar a las instituciones de los perfiles propios y de suyo diferenciados, comenzó, en efecto, a hablar en la Parte general del Derecho civil, de las transgresiones jurídicas, dando así un paso avanzado en la ruta que debe seguirse (...) La sociedad, en efecto, se resiente, no sólo cuando se ha violado un precepto imperativo puesto por ella en aras del bien general y la conveniencia humana, sino también cuando se menosprecian dolosa o culposamente las relaciones de derecho creadas bajo su manto protector (...) Habrá en el primer caso una mayor intensidad en el hecho que ocasionará una reacción de superior grado, pero no hay duda que en los dos hay, en calidad, una ofensa ('iniuria') por la agresión inferida a mi esfera jurídica...".

En lo relativo al mayor daño, traemos a colación la afirmación contenida en monografía reciente de MARTÍN MENÉNDEZ, M.ª T. ("La indemnización de mayor daño. Artículo 1.108 del Código Civil", Univ. Valladolid, Valladolid, 1999, p. 137): "cualquier incumplimiento puede producir daños específicos que superen (...) los previstos por el legislador...".

Y con tal incumplimiento de la obligación de pago derivada del préstamo garantizado con la segunda hipoteca tras la subrogación de solamente la primera, además ocasionará una clara vulneración —ahora— de la causa de la hipoteca misma en los términos tomados de AMORÓS "supra", por cuanto al pretender el financiador perjudicado con el impago ejecutar su garantía, encontrará como obstáculo claro para su realización en subasta la presencia de un gravamen anterior, y encontrará como amenaza injusta —claramente en el caso de haberse permitido una subrogación de solamente la primera hipoteca en favor de otro financiador— de tenerse que adjudicar el bien y de pasar a ostentar (!) la condición de prestatario del sobrevenido financiador, además de asumir el coste de la amortización contable del bien inmueble —financieramente improductivo— que, por hipótesis probable y sin desearlo, ha pasado a su balance en virtud de adjudicación al ejecutante por ausencia de posturas a la vista del gravamen preferente, normalmente mayor que el que representa la hipoteca ejecutada.

Una vez analizados ya los presupuestos y los efectos, pasaremos ahora a exponer lo que entendemos como disfunción en este punto, que tiene su origen en la interferencia que, entre unos y otros, el mecanismo registral en ocasiones provoca.

B) Problema advertido

La Ley 2/1994, al igual que toda normativa relativa a la garantía real inmobiliaria, es de aplicación por los Registradores de la Propiedad. En el caso de la Ley citada, sucede además que siendo una Ley que tiene un reconocido origen civil, está llamada a tener efectos registrales cuya virtualidad última debe producirse en los términos en que fue civilmente concebida, y sin que para ello pueda suponer obstáculo la exacerbación más allá de la lógica y del Derecho de los llamados principios registrales, de carácter meramente instrumental como la entera institución del Registro de la Propiedad.

Entendemos además que la seguridad jurídica y la recta interpretación de las leyes con arreglo a los principios vigentes en nuestro ordenamiento deben amparar a todos los sujetos de Derecho —sean o no consumidores— sin exclusiones: la única voluntad legitimada para modular la dirección del ordenamiento es la del legislador, debiendo el resto de los operadores limitarse a su recta interpretación y aplicación.

En fin, la disfunción advertida se incardina claramente en el género de la inseguridad jurídica inmobiliaria, y tiene un doble origen, relacionado en primer lugar con la eficacia registral de los presupuestos civiles de la norma citada, y en segundo lugar, con las limitaciones a la autonomía negocial debidamente causalizada a la que en ocasiones se percibe que los Registradores vedan el acceso registral en perjuicio de la financiadora.

En síntesis, la doble cuestión puede formularse como sigue. En primer lugar, ¿está la financiadora con dos hipotecas sucesivas, expuesta a que la inscripción de la subrogación de la primera —otorgada mediante escritura de fecha necesariamente posterior— asuma el mismo rango de la primera en que la subrogación se opera?; o, dicho de otro modo ¿respetará el Registro el rango de primera de la hipoteca subrogada, con ocasión de la práctica del asiento de subrogación, y dejando como segunda la que inicialmente así se constituyó?

En segundo lugar, y aclarado lo anterior en sentido positivo, ¿puede el Registro restar virtualidad a los mecanismos que debidamente causalizados hayan insertado financiadora y financiada en orden a dar reflejo vinculante expreso a la intrínseca conexión causal entre primera y segunda hipoteca?; o, dicho de otro modo, ¿podrá legítimamente el Registro negar eficacia real a un pacto de permuta de rango inserto en la escritura de la segunda hipoteca, bajo condición suspensiva del ejercicio abusivo que de su derecho pretenda hacer el financiado respecto de solamente la primera hipoteca?

Pasamos a enunciar nuestra respuesta con fundamento en lo antedicho a los interrogantes planteados, y con ella a proponer modalización necesaria del derecho potestativo del financiado a subrogar.

C) Solución propuesta

Es cierto que el derecho potestativo del financiado a subrogar, en cuanto tal derecho de configuración jurídica, es de ejercicio unilateral y por ende no precisa en principio el consentimiento del financiador. Pero también lo es a la vista de los principios jurídicos generales de nuestro ordenamiento explicitados en las líneas anteriores, que se hace preciso el consentimiento del acreedor en el caso de que la alternativa elegida por el financiado de las que su derecho potestativo le ofrece sea precisamente la que perjudica a aquél.

No se trata por tanto en modo alguno de excluir el libre ejercicio unilateral por el financiado de su derecho a subrogar, sino simplemente de dejar bien sentado que tal ejercicio, en caso de dos hipotecas con una misma entidad financiera, debe tener por objeto simultáneamente a las obligaciones que ambas garantizan. Es cierto que la unilateralidad de la actuación del financiado no puede contrarrestarse con otra voluntad también unilateral del financiador, de ahí que la solución que se impone, a falta de regulación legal clara, es una solución convencional “ex ante” que pasa por la inserción en la escritura en que se constituye la segunda hipoteca con la misma entidad financiera titular de la primera, de una cláusula de permuta de rango bajo condición suspensiva en cuya virtud, en el caso de ejercicio de la facultad de subrogar por el financiado con relación solamente a la primera hipoteca, el rango de ésta quede pospuesto al de la que inicialmente fue segunda.

Esta es la modalización propuesta, y a los efectos de su precisa fijación pasamos a comentar sucintamente los problemas que plantean su presupuesto —incidencia de la subrogación en el rango de la hipoteca cuya obligación se subroga— y sus efectos —negativa de algunos Registradores a dar amparo a lo convencionalmente pactado con arreglo a Derecho—.

En cuanto al análisis del presupuesto citado, cifrado en la incidencia de la subrogación en el rango de la hipoteca subrogada, ha de tenerse presente el origen sustantivo —art. 1112 y ss. del C.c.— de la norma de cuya aplicación se trata, y de las modalizaciones que ello ha de imponer a una concepción rígida de unos sedicentes principios registrales que entorpezca la seguridad jurídica del tráfico económico. Así lo ha entendido doctrina autorizada y nada sospechosa de laxitud en la interpretación de los requerimientos de la seguridad jurídica, que matiza en el caso de la Ley 2/1994 la aplicación del principio de prioridad registral en lo que a la preservación del rango inicial se refiere, para adecuarla a la exigencia de la Ley 2/1994 por remisión al artículo 1212 del Código Civil, concordante del 1211 en el que la Ley se apoya (27).

Con todo, es asumible, por encima de vacilaciones de algunos Registros en la práctica, la solución propuesta en su día por un significativo Registrador en orden al mantenimiento del rango tras la subrogación (28).

Y ello aun en el supuesto de mediar cargas posteriores a la hipoteca que se subroga, incluidas anotaciones de embargo y, cómo no, una —contemplada por hipótesis en el caso planteado— segunda hipoteca.

Esta misma solución debe mantenerse, sacrificando así una concepción —por otra parte formalista y ajena a la función que está llamado a desempeñar— del principio de prioridad —escritura de subrogación de fecha posterior a

---

(27) ROCA SASTRE, R.M.ª, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. en (*Derecho hipotecario,* Bosch, 8.ª ed., Barcelona, 1998, tomo VIII (p. 558): "...la hipoteca conserva el rango hipotecario anterior que tenía el crédito hipotecario objeto de la subrogación registrada frente a (...) titulares de hipotecas, cargas, gravámenes y derechos anteriores a la registración de la subrogación aunque inscritos con posterioridad a dicha hipoteca. Ahora bien, para mantener el expresado rango de la hipoteca que garantiza el préstamo subrogado es indispensable que en la subrogación se hayan cumplido estrictamente las condiciones o requisitos establecidos en la Ley, es decir, una sustitución del acreedor y una mejora de las condiciones del tipo de interés...".

(28) REY PORTOLES, J.M. ("Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones de embargo", Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pp. 110-111): "...el aprovechamiento pleno del rango registral del gravamen sobre cuya obligación subyacente se ha proyectado el negocio [aclaramos: de subrogación/modificación], debe depender [añadimos: además de respetar escrupulosamente los términos de la Ley 2/1994] EXCLUSIVAMENTE DE NO DESBORDAR NI EN UN CÉNTIMO LA CIFRA DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA INSCRITA".

los títulos causantes de asientos intermedios— en aras del superior principio de legalidad —artículo 1212 C.c. como natural corolario de la subrogación que dispone la Ley 2/1994— tras la reforma de la Ley 2/1994 por la disposición adicional 1.ª de la Ley 14/2000 que extiende su ámbito de aplicación de las simples "mejoras" a todas las "modificaciones" del tipo de interés pactado o vigente.

En síntesis, y en cuanto al presupuesto de la solución propuesta, **la subrogación prevista en la Ley 2/1994** en su actual redacción —del mismo modo que toda otra subrogación, entendida como novación modificativa subjetiva por cambio de acreedor, en nuestro Derecho—, **entraña el mantenimiento de** las mismas condiciones y garantías de la obligación subrogada, incluida la garantía hipotecaria con **el rango con que inicialmente se constituyó la hipoteca**, **aunque medien cargas registrales posteriores a la inscripción de aquélla y siempre que quede intacta su cifra de responsabilidad por todos y cada uno de los conceptos —con lo queda excluido "a radice" todo perjuicio para terceros—, y siempre que se cumplan las disposiciones de la Ley 2/1994** en su redacción vigente —con lo que la Ley se cumple no sólo en sus efectos sino también en sus presupuestos.

Lo mismo debe interpretarse en el caso de novación modificativa al amparo de la Ley 2/1994, por razones que ahora no son del caso explicitar.

En este contexto, la modalización propuesta pasa, como ya se ha apuntado antes, por considerar —en positivo— como ajustada a Derecho la subrogación conjunta de las hipotecas consecutivas y sin solución de continuidad en el folio registral con un mismo prestamista, y por sancionar —en negativo— conductas antijurídicas contrarias previendo cautelarmente el ejercicio abusivo de la facultad subrogadora del financiado por partida doble con dos hipotecas sucesivas, de solamente la obligación garantizada con la primera y en perjuicio de la segunda, mediante un pacto de permuta de rango de modo que en tal caso la segunda hipoteca inicial pasase a ser primera y ésta subsistiese como segunda. Modalización ésta que se explica y alcanza plena justificación una vez clarificado el panorama esbozado como presupuesto, en el que se evidencia la certeza del mayor riesgo para el financiador inicial —subrogación de la primera hipoteca a favor de otro financiador, con rango incluido— inherente a la potencial actuación abusiva contemplada, y con eventual mayor daño.

Pues bien, clarificado el presupuesto y enunciada la modalización, cumple desvanecer las circunstancias que en la práctica pudiera llegar a privar de efectos a la modalización propuesta. En este sentido trataremos de la necesaria admisión del pacto de permuta de rango como único bastante a los efectos de contrarrestar el mayor riesgo, de evitar el mayor daño y de disuadir al deudor y a terceros de vulnerar la causa de la financiación a favor de aquél ya prestada.

En cuanto a la posposición del rango de la primera hipoteca y correspectiva anteposición del rango de la segunda bajo la condición suspensiva de la subrogación parcial, es decir, de solamente de la obligación garantizada con la primera hipoteca, no debe caber duda en cuanto a su admisibilidad en nuestro ordenamiento y en cuanto a su necesaria inscribibilidad —mediando al efecto la oportuna titulación pública y rogación— en el servicio público del Registro de la Propiedad (29).

Nótese con qué acierto se identifican los sujetos que deben ser objeto de consideración en orden a la inscripción del pacto de permuta con posposición del rango de primera de la hipoteca cuya subrogación se intente: los titulares de derechos inscritos. Y no lo estará, y no debe recibir por ello protección, quien a la sazón todavía no ha devenido titular inscrito de hipoteca alguna, y quien —pensamos en el eventual financiador beneficiario de la subrogación— para tal evento contará con plena publicidad y oponibilidad de lo que registralmente le espera en cuanto al rango, si pretende ser cooperador necesario en el negocio subrogatorio de solamente la primera hipoteca, en pretendido y claro fraude del financiador inicial.

Es por tanto con respecto a estos terceros como ha de entenderse la cláusula de salvaguardia concebida como única limitación a la permuta de rango que se pacte, según además se expresa en la clásica doctrina jurisprudencial recogida por la científica con referencia a la Sentencia del T.S. de 25 de enero de 1963 (30).

Deben con todo observarse unos requisitos fijados doctrinalmente, y que en el caso que nos ocupa concurren efectivamente, sin que a ello obste la reunión en una misma persona de la titularidad de la primera y de la segunda

---

(29) ROCA SASTRE, R.M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. en (*Derecho hipotecario,* Bosch, 8.ª ed., Barcelona, 1998, tomo II (p. 64): "...cabe sustraerse por convenio al orden de prioridad o rango hipotecario para sustituirlo por otro (...) siempre que concurran los requisitos necesarios para que no se produzcan perjuicios a derechos inscritos...".

(30) ROCA SASTRE, R.M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. en *(Derecho hipotecario,* Bosch, 8.ª ed., Barcelona, 1998, tomo II (p. 66): "La sentencia de 25 de enero de 1963, recaída sobre un convenio de posposición de rango de una hipoteca otorgado en escritura pública (...) ha declarado que la alteración y cambio del rango hipotecario, por tratarse de derechos privados y netamente dispositivos, que eran exclusivos del titular, pueden lícitamente pactarse en cuanto no se halla taxativamente prohibido en la legislación española, al amparo del artículo 1255 y concordantes del código civil, y así lo dan a entender las normas de los artículos 420 y 426 del vigente Reglamento Hipotecario (hoy art. 422), ya que los artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria, que determinan la prioridad de las inscripciones y demás asientos registrales por la fecha del de presentación, no tienen consistencia tan rígida que los coloque en el área del 'ius cogens' invulnerable por la voluntad de los particulares al condicionar sus bienes económicos, mientras, claro es, no se lesionen los de tercero...".

hipoteca en el momento de pactarse la permuta en previsión de que tal concurrencia desaparezca, por cuanto se trata de un supuesto análogo —"a simile"— al inveteradamente admitido de "destinación del padre de familia" (31).

Sí queda muy claro a quien está vedado cualquier actuación, siquiera sea indirecta, referente al rango, al deudor o financiado (32).

V. CONCLUSIONES

A fin de contribuir modestamente a la seguridad jurídica del tráfico financiero, supliendo para ello lo que entendemos pequeñas omisiones de nuestro ordenamiento jurídico, y todo ello en orden a fortalecer el crédito y propiciar el desarrollo económico español, se han planteado dos supuestos problemáticos en sendos contextos de conexión contractual —leasing y segunda hipoteca— en los que esta misma conexión impone las respectivas modalizaciones a derechos potestativos —reclamación por vicios y subrogación— del deudor de la financiación. Modalizaciones éstas consistentes en la interposición necesaria en casos determinados de la concurrencia del financiador que pudiera ser perjudicado, bien para consentir expresamente el ejercicio del derecho potestativo del deudor o bien —especialmente— para prever —con apoyo del ordenamiento jurídico— el riesgo previsible y minimizarlo convencionalmente "ex ante".

Las soluciones propuestas están abonadas, frente a todos y en especial ante los funcionarios intervinientes cuya actuación se rige por el principio de legalidad y cuya función precisamente consiste en aplicar el Derecho, por las consideraciones jurídicas que anteceden. Pero en sí mismas tampoco están exentas de cargas y costes, unas y otros precisados de adecuada imputación.

En cuanto al leasing y los vicios sustanciales del equipo, se propone desde aquí una línea jurisprudencial (1.º) que admita la exclusión de la pretensión

---

(31) "ROCA SASTRE, R.M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. en (*Derecho hipotecario,* Bosch, 8.ª ed., Barcelona, 1998, tomo II (pp. 72-74): "La permuta de rango hipotecario requiere los siguientes requisitos: 1) Las dos hipotecas objeto de permuta de rango naturalmente han de constar inscritas en el Registro (...) 2) La permuta de rango ha de estar convenida por los titulares respectivos de ambas hipotecas y constar en escritura pública e inscrita (...) y 3) La permuta de rango hipotecario debe hacerse constar en el Registro por medio de asiento de inscripción, del que se hará referencia por medio de nota al margen de cada una de las inscripciones de las dos hipotecas permutadas".

(32) En este sentido y no en otro es en el que debe interpretarse el "obiter dictum" contenido en el fundamento jurídico 5.º de la Resolución de la D.G.R.N. de 17 de agosto de 1993 —Ar. 7116—: "Aceptarlo significaría dejar *al deudor* decidir qué acreedor había de gozar de la prelación hipotecaria...".

resolutoria de entre las acciones cedidas por financiadora a usuario con relación al contrato de suministro, y sin que ello obste a la subsistencia de la exoneración —salvo el caso de dolo— de la entidad financiera por el riesgo de elección del equipo o del suministrador; y (2.º) que se atienda en base a ella, y previa una oportuna invocación forense por los Letrados de las financieras, excluya —por falta de legitimación en la audiencia previa— y/o desestime —por razones de fondo— la pretensión del usuario de resolver el contrato de suministro planteada con carácter principal —salvo el caso de dolo—, y solamente la admita en caso de planteamiento subsidiario, es decir, para el caso de que no prospere una previa reclamación de cumplimiento al suministrador valiendo al efecto el seguimiento de los cauces extrajudiciales que se habiliten. En esta línea se imponen a la entidad financiadora dos cargas: (1.ª) la de dotar a sus contratos de la exclusión de la cesión de la acción resolutoria, y (2.ª) la de habilitar al usuario e imponer al vendedor un procedimiento por el que mediante el arbitrio de un tercero perito se ventilen ágilmente las diferencias relativas a la utilidad y estado del equipo, repercutiendo su coste al suministrador y sin cargo alguno para el usuario.

En cuanto a la financiación bancaria pura en caso de segunda hipoteca y su subrogación aislada, se propone una línea registral que partiendo de la plena eficacia subrogatoria en cuanto al rango —haya o no cargas intermedias y siempre que se respete la Ley 2/94 y la responsabilidad hipotecaria inicial—, asuma la plena justificación en Derecho de la vinculación causal entre primera y segunda hipoteca y con ella asuma como normal que la subrogación que se opere se refiera —de existir— conjuntamente a las dos obligaciones garantizadas con las respectivas hipotecas, y en su virtud, asuma como normal y por tanto inscriba el pacto de permuta de rango con posposición de la primera para el caso de subrogación aislada de sólo la primera. En esta línea se impone a la entidad financiera la carga (1.º) de insertar el pacto expreso en la escritura de segunda hipoteca, (2.º) de abstenerse de pretenderlo en caso de mediar cargas entre la primera y la segunda si la responsabilidad de la primera fuese menor que la de la segunda hipoteca, y (3.º) de solicitar la inscripción separada del pacto de posposición para su mejor publicidad, asumiendo el financiado —en justa compensación del mayor riesgo que la segunda hipoteca entraña y que la permuta minimiza— el coste que tal inscripción separada de la permuta pueda causar.

Crónica

ANTEPROYECTO DE LEY FINANCIERA

EMILIO DÍAZ RUIZ

Profesor Titular de Derecho Mercantil UCM
Abogado

SUMARIO

I. SIGNIFICACIÓN GENERAL DEL ANTEPROYECTO DE LEY FINANCIERA.
II. MODIFICACIONES EN CUANTO A LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS MERCADOS DE VALORES.
III. LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.
IV. GARANTÍAS EN FAVOR DEL BANCO DE ESPAÑA, DEL BANCO CENTRAL EUROPEO O DE OTRO BANCO CENTRAL DE UN PAÍS MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA.
V. ENTIDADES DE SEGUROS.
VI. CONTRATACIÓN EN LOS MERCADOS DE VALORES.
VII. INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA.
VIII. COMPENSACIÓN CONTRACTUAL (“NETTING”).
IX. CESIONES DE CRÉDITO.
X. SOCIEDADES DE CAPITAL RIESGO.
XI. CONTRATACIÓN Y DINERO ELECTRÓNICOS.
XII. COMISIONADOS PARA LA DEFENSA DEL CLIENTE.
XIII. CÉDULAS TERRITORIALES.
XIV. CENTRAL DE INFORMACIÓN DE RIESGOS.
XV. OTRAS PREVISIONES RELEVANTES.

Cuando esto se escribe, está a punto de remitirse a las Cortes Generales para su tramitación como Proyecto de Ley, bajo la denominación de Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, conocida como "Ley Financiera", un conjunto de normas tendentes, como en la exposición de motivos de la misma se indica, a modernizar el ordenamiento jurídico español en materias financieras, que para la norma en discusión se centran en las operaciones y organización de los mercados de valores, de las entidades de crédito y de las de seguros, y mejorar la eficiencia y competitividad del sistema, así como a incorporar diversas Directivas comunitarias. La consecuencia es que prácticamente todo el ordenamiento jurídico español, al menos en sus principales normas, en lo que se refiere a la regulación de los mercados de valores, las entidades de crédito y las de seguros, y las operaciones que se realizan en unos u otros o por los mismos, resultará profundamente modificado, en caso de que finalmente acabe aprobándose la ley en cuestión.

La tramitación de la norma proyectada ha sido, en la fase de anteproyecto, complicada, cuando en un principio no parecía que debiera haber sido así. A principios del año 2001 circuló, incluso poniéndose en la página *web* del Ministerio de Economía, un borrador de anteproyecto de Ley Financiera que fue profundamente comentado por los sectores económicos y empresariales interesados y respecto del cual el propio Ministerio, a través de su Dirección General del Tesoro y Política Financiera, hizo loables esfuerzos para obtener sugerencias y observaciones de todos cuantos directa o indirectamente pudieran verse afectados. Cuando parecía que el Anteproyecto se convertiría inmediatamente en Proyecto de Ley, surgieron los problemas de todos conocidos en alguna de las instituciones de supervisión del sistema financiero, que dieron lugar a un retraso en la elaboración del borrador final de Anteproyecto, borrador este último que se ha llevado a cabo con un cierto secretismo, en contraste con la abierta postura anterior, y que ha hecho que, cuando el Consejo de Ministros, en noviembre de 2001, lo remitió al Consejo de Estado para su informe, los términos exactos del Anteproyecto así remitido fueran desconocidos, habiéndose puesto especial cuidado en la no difusión de sus términos.

De hecho, estas líneas se han redactado teniendo a la vista el texto del Anteproyecto que parece haber sido el informado por el Consejo de Estado, pero que puede no responder al que finalmente se convierta en Proyecto de Ley. En todo caso, como primera observación debe señalarse que el texto del Anteproyecto examinado es muy distinto del que se difundió en su momento por el Ministerio de Economía, aunque la finalidad del texto en su conjunto es la misma que la que se predicaba en la versión difundida a comienzos del año 2001. Difieren, sin embargo, sustancialmente algunos de los aspectos allí contemplados, habiéndose hecho ahora especial hincapié en las reformas tendentes a establecer un mayor poder sancionador de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y a la tipificación de conductas sancionables. En todo caso, se trata

de un texto normativo que, una vez aprobado, y quedando en todo caso a expensas de las modificaciones que en la tramitación parlamentaria se puedan incluir, sin duda supondrá una modificación sustancial del ordenamiento jurídico financiero español. Pasaremos a continuación a describir los aspectos contemplados en el Anteproyecto que ahora se comenta (*).

I. SIGNIFICACIÓN GENERAL DEL ANTEPROYECTO DE LEY FINANCIERA

La propia exposición de motivos del Anteproyecto de Ley, en este sentido bastante explicativa, justifica las razones para su aprobación (que también se recogen en el "Informe de Progreso sobre las Reformas de las Mercados de Bienes y Servicios y de Capitales" difundido en diciembre de 2001 por el Ministerio de Economía, donde, entre otros temas, se destaca la elaboración de este Anteproyecto y su finalidad). El Anteproyecto de Ley trata de responder a la creciente internacionalización de los mercados financieros, especialmente en Europa, donde se ha venido produciendo en tiempos muy recientes, de forma abierta y en muchos casos respaldada por las propias autoridades de los Estados miembros, una concentración en la actividad bancaria (véase simplemente el caso español, donde se ha producido una clarísima concentración, por vía de fusiones y, en algunos casos, adquisiciones, de la banca privada y de las cajas de ahorro, o el próximo caso francés, donde este proceso también se ha manifestado de forma intensa y acelerada), pero no sólo en cuanto a los mercados de crédito, sino también a los mercados de valores, donde las concentraciones transnacionales entre los países miembros han sido aún más clamorosas (baste simplemente examinar el caso de Euronext, que hoy concentra los mercados tanto de contado como de derivados francés, holandés, belga y, muy recientemente, portugués, así como, aún más en fechas recientes, el mercado de derivados inglés). También en materia de seguros, aunque por motivos distintos, dada la atomización del mercado español y la importante presencia de empresas multinacionales en el mismo, parecía necesario proceder a ciertas modernizaciones. Sin embargo, en el sector del seguro, las modificaciones provienen más bien de la transposición a nuestro Derecho de varias Directivas comunitarias.

(*) Estando en imprenta este trabajo, acaba de remitirse a las Cortes el Proyecto de Ley, cuyo texto puede consultarse en el BOCG/Congreso, n.º 69-1, de 8 de marzo de 2002. No difiere significativamente del texto del Anteproyecto utilizado, si bien se han introducido pequeños cambios, algunos sugeridos por el Consejo de Estado, entre los que deben señalarse la facultad otorgada al Gobierno de elaborar textos refundidos de la Ley del Mercado de Valores, Ley de Ordenación y Disciplina de las Entidades de Crédito y Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Así pues, en términos generales, lo afirmado respecto del Anteproyecto puede también entenderse aplicable al Proyecto de Ley finalmente en tramitación parlamentaria.

No sólo responde el Anteproyecto a este intento de modernización y facilitación de la integración de los mercados financieros en España, a fin, sobre todo, de hacerlos competitivos con los demás mercados de la Unión Europea y aun internacionales; también se trata de modernizar algunas situaciones claramente obsoletas, sobre todo por comparación con otros países, respecto del crédito con soporte de activos de las entidades públicas, el mercado de estos créditos, con posibilidad de su transferencia, y la información sobre riesgo de crédito, especialmente retrasada en nuestra práctica y nuestro Derecho, y en muchas ocasiones obstaculizada, si no impedida, por causa de la excesivamente exigente, también por comparación, legislación española de protección de datos de carácter personal.

El Anteproyecto de Ley intenta, siguiendo una práctica reiterada, modificar sectores individualizados, aunque muy relacionados, del ordenamiento jurídico, en un texto que es unitario, en cuanto a su redacción, pero que, sin duda, fundamentalmente modifica numerosos e independientes textos legales, de tal manera que se produce una dispersión normativa que hace difícil el manejo de todos ellos. En esta situación, se pueden reiterar las críticas que periódicamente se hacen a las conocidas leyes de acompañamiento que sistemáticamente se vienen aprobando en paralelo con las leyes de presupuestos generales del Estado para cada ejercicio, normalmente bajo la denominación de "ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social".

Esta cuestión viene agravada por el hecho de que no se hace, además, uso de las frecuentes habilitaciones al Gobierno para la elaboración de textos refundidos, lo que provoca, en no pocas ocasiones, problemas de interpretación y aplicación de las propias normas, y de ajuste técnico de las mismas, pues siempre quedan algunos aspectos inconexos o desajustados dentro de los mismos textos legales, al haberse producido su reforma de esta manera puntual y separada del examen directo de los mismos.

Esta crítica, que normalmente hace el Consejo de Estado al Gobierno al examinar este tipo de proyectos de ley, y que es también sistemáticamente desatendida por el mismo, no puede, sin embargo, ensombrecer los evidentes aspectos positivos de esta norma que tendremos ocasión de comentar más adelante. En cualquier caso, no debe tampoco olvidarse que estamos ante una ley "de oportunidad" o "reactiva", en el sentido de que muchos de sus preceptos han sido inspirados por problemas concretos surgidos en la vida, más política que estrictamente económica, de nuestro país en el momento de su elaboración, como ya se indicó a la hora de comentar las causas del retraso en la tramitación del Anteproyecto. Esto hace que algunos de estos preceptos claramente evidencien esta característica o circunstancia en cuanto a su origen, lo que a veces resulta en algunas deficiencias técnicas y en una "sobrerreacción" de su contenido normativo.

Dado el contenido tan amplio del Anteproyecto de Ley, se han agrupado las modificaciones que el mismo intenta introducir en los distintos mercados financieros, lo que el propio Anteproyecto trata de hacer en un intento de ordenación que no siempre consigue, por lo que no se ha seguido el orden del articulado del mismo.

II. MODIFICACIONES EN CUANTO A LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS MERCADOS DE VALORES

Múltiples son las modificaciones que se introducen en la normativa reguladora de los mercados de valores, fundamentalmente en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que ya sufrió una importante modificación por virtud de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, que acaba, asimismo, de ser modificada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (en su artículo 69, a fin de promover la llamada "desmutualización" de las Sociedades Rectoras de las Bolsas de Valores, es decir, permitir que sean miembros de los mercados entidades que no sean accionistas de la Sociedad Rectora y, por el contrario, que puedan ser socios quienes no sean miembros del mercado) y por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que mediante una Disposición Adicional, la decimonovena, ha venido a introducir una nueva Disposición Adicional Decimoséptima en esta Ley del Mercado de Valores para permitir que se incorporen a un mismo grupo todas las participaciones sociales en los capitales de las distintas entidades que rigen algún sistema de negociación, de compensación o de liquidación de valores españoles, dentro de un proceso tendente a la creación de un único "holding" que llegue a ser propietario de las Sociedades Rectoras de todos los mercados secundarios oficiales de valores españoles y de los sistemas de compensación y liquidación de los mismos. Es de observar, pues, que no se trata de una modificación la que ahora se quiere introducir tras años de reposo legislativo en esta materia, sino una más a añadir a las que aceleradamente se han introducido en los últimos años.

Son varias, y muy importantes, las alteraciones en la estructura de los mercados de valores españoles que podrán surgir como consecuencia de las previsiones del Anteproyecto de Ley, una vez se apruebe. Por una parte, se modifica la llevanza de los registros contables de los valores representados por anotaciones, en el sentido de extender a las sociedades no cotizadas el sistema de doble escalón que ya existe en el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores para las que cotizan en Bolsa, es decir, que exista un registro central y otros registros complementarios llevados por las entidades adheridas a ese registro central. Sin embargo, en materia de registro de anotaciones en cuenta, la principal innovación del Anteproyecto es la creación prevista en el mismo de una Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquida-

ción de Valores, a la cual se atribuyen las funciones que hasta ahora desarrollaba el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores (funciones que, en el anterior Anteproyecto, se conferían a otra sociedad, respecto de la cual ya existe una promotora, denominada Iberclear).

Por otro lado, esta Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores (la "Sociedad de Sistemas") parece concebirse como la entidad en la que se centralizarán estas funciones de registro, compensación y liquidación de valores y otros instrumentos financieros de todos los mercados secundarios oficiales, si bien se le da la exclusividad respecto de los negociados en las bolsas de valores y en el Mercado de Deuda Pública en Anotaciones, siendo voluntaria la inclusión de los negociados en otros mercados secundarios. Sin embargo, para las funciones de interposición o contrapartida se prevé la creación, o atribución de esta función a sociedades ya existentes, de una o más entidades de contrapartida central (la existencia de más de una sería de alguna forma contradictorio con ese carácter de centralidad o centralización que se pretende, pero sin duda se ha incluido esta posibilidad para dar una mayor flexibilidad, al menos en los primeros momentos).

Esta entidad de contrapartida central tiene la función de interponerse en todos los contratos que se celebren en los mercados, para así garantizar a las partes el cumplimiento de los mismos, ya que la entidad de contrapartida central se hace directamente responsable (en España, en el actual sistema de mercados secundarios oficiales de valores, esto sólo ocurre en los de productos financieros derivados, en los que MEFF Sociedad Rectora de Productos Financieros Derivados de Renta Fija, S.A. y MEFF Sociedad Rectora de Productos Financieros Derivados de Renta Variable, S.A. actúan no sólo como entidades rectoras a efectos de negociación, compensación y liquidación, sino que también dan la contrapartida en todos y cada uno de los contratos que se celebran). La creación de una entidad de contrapartida central viene a dar mayor seguridad a los mercados, y facilita la desmutualización no sólo en lo que se refiere a la negociación, que ya estaba incluida en la Ley por virtud de la reforma del año 2000, sino también los procedimientos de compensación y liquidación, que se incluyen ahora por medio del Anteproyecto de Ley. Se responde, además, a una necesidad sentida en la Unión Europea, especialmente después de la introducción del euro, tal como el Banco Central Europeo ha hecho notar en diversas ocasiones (véase la nota de prensa de 27 de septiembre de 2001, difundida junto con una nota adicional explicativa a través de su página web).

Se otorgan a la Sociedad de Sistemas unos privilegios similares a los que en la actualidad gozan todos los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores, tanto por virtud de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, que incorporó la Directiva Comunitaria sobre Firmeza en los Pagos y Liquidación de Valores (Directiva 98/26/CE, de 19 de mayo de 1998), como en las distintas

normas de la Ley del Mercado de Valores que reconocen diversos beneficios en casos de insolvencia declarada de algún participante en el sistema (los miembros de los respectivos mercados o las entidades adheridas, respecto de los sistemas de compensación y liquidación). Del mismo modo se atribuyen a las entidades de contrapartida central los beneficios de la Ley 41/1999 y los que el propio Anteproyecto de Ley atribuye a la Sociedad de Sistemas. Sin embargo, mientras que la organización y funciones de la Sociedad de Sistemas se encuentran bastante reguladas en el propio Anteproyecto de Ley, aunque se atribuyen al Gobierno facultades de desarrollo reglamentario, la regulación de la organización y funcionamiento de la entidad o entidades de contrapartida central se atribuye al Ministro de Economía, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y previo informe del Banco de España, a la vez que se les confiere una cierta facultad autorregulatoria mediante un reglamento, que también debe ser autorizado por el Ministro de Economía con los mismos informes arriba indicados. Se introducen asimismo algunas modificaciones en relación al Mercado de Deuda Pública Anotada, que no son especialmente relevantes, salvo la atribución a la Sociedad de Sistemas del registro de los valores de deuda pública negociados en este mercado, y se confirma la atribución de la supervisión de los miembros del mismo en favor del Banco de España, en los términos en los que ya estaba establecido en el artículo 88 de la Ley del Mercado de Valores, aunque regulando ahora de forma más precisa la colaboración que, en materia de competencias concurrentes de supervisión e inspección, deben llevar a cabo el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, insistiendo en que debe tutelarse especialmente la solvencia de las entidades financieras afectadas.

Sin embargo, se aclara que la Sociedad de Sistemas, las sociedades o entidades de contrapartida central, la Sociedad de Bolsas y las sociedades que tengan la titularidad de todas las acciones de los organismos rectores de mercados secundarios, oficiales o no, existentes en España, corresponde a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Esta última previsión se hace en consideración a la prevista concentración de la titularidad del capital de todos los mercados secundarios de valores españoles en manos de una entidad "holding", a cuyo fin se firmó en junio de 2001 un protocolo del que fueron partes los representantes de todos ellos, tal como se hizo público en su momento; el desarrollo y formalización de las previsiones del referido protocolo están en estos momentos en proceso de ejecución, si bien ya se ha constituido la sociedad que actuará con este carácter ("Bolsas y Mercados Españoles, Sociedad Holding del Mercado Financiero, S.A."). Se añaden, finalmente, diversas normas que regulan la situación transitoria de la gestión de los sistemas de compensación y liquidación de valores hasta que la Sociedad de Sistemas sea totalmente operativa.

En lo que respecta a los mercados de productos financieros derivados, se reitera de forma más terminante que pueden tomar participaciones en otras sociedades que lleven a cabo funciones similares en otros países y, en general, se aclara la redacción del artículo 59 de la Ley del Mercado de Valores.

Una modificación importante es la del número 4 del artículo 31 de la Ley del Mercado de Valores. En la estructura de los mercados tras la reforma introducida en el año 1998, existían los mercados secundarios oficiales de valores y unos mercados no oficiales o sistemas de negociación que, aunque no eran oficiales, sí estaban organizados y eran reconocidos, a la vez que tutelados y supervisados, por las autoridades correspondientes, donde podían negociarse determinados valores. En España, se crearon, al amparo de este precepto, tanto el mercado de valores latinoamericano ("Latibex") como el sistema de negociación de deuda pública regido por Senaf. Ahora, a la vista de la importancia de estos dos sistemas de negociación, y de los que puedan crearse en el futuro, se modifica la Ley para dar un mayor contenido regulatorio a los mismos, de tal manera que, frente a la somera indicación del precepto vigente, el Anteproyecto de Ley incluye no sólo la posibilidad de su creación mediante autorización del Gobierno previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores o de la Comunidad Autónoma competente, sino también se recogen las características básicas de organización de estos sistemas, a cuyo frente se introduce ahora la necesidad de que exista una Sociedad Rectora con forma de sociedad anónima, permitiéndole ser contrapartida central de estos sistemas o mercados, y remitiéndose a un reglamento de funcionamiento del mercado o sistema, aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a fin de organizar la negociación y en su caso compensación, liquidación y contrapartida de los mismos. En relación con estos mercados o sistemas, se atribuyen competencias reglamentarias muy amplias al Gobierno.

Por lo demás, se flexibiliza ahora la posibilidad de participación de cualquier mercado secundario oficial español en sociedades equivalentes extranjeras y viceversa, sujetándolo, en cuanto a la inversión española en sociedades extranjeras, a la previa autorización de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y en el caso inverso, a la autorización del Ministro de Economía, si bien de forma indirecta, por medio de la aplicación a estas sociedades del mismo sistema de participaciones significativas y su control que se establece con carácter general respecto de las empresas de servicios de inversión en la propia Ley del Mercado de Valores.

Se extienden los requisitos de honorabilidad empresarial y profesional a los Directores Generales y asimilados de los mercados secundarios, que deberá ser comprobada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y a los apoderados generales, cuya honorabilidad deberá ser examinada por los admi-

nistradores, todo ello en consonancia con la exigida para los miembros del Consejo de Administración.

Asimismo, se modifican los preceptos que en materia de infracciones y sanciones relativas a los mercados de valores se contienen en la Ley del Mercado de Valores. En este sentido, se incluyen nuevas infracciones en la Ley del Mercado de Valores; en concreto, una con el carácter de muy grave [nueva letra e) bis del artículo 99] consistente en presentar las entidades sometidas a la supervisión prudencial de la Comisión Nacional del Mercado de Valores deficiencias en su organización administrativa y contable o en los procedimientos de control interno, incluidos los relativos a la gestión de los riesgos, cuando tales deficiencias pongan en peligro la solvencia o la viabilidad de la entidad. Está en línea con las nuevas modificaciones que se incluyen en la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (a las que nos referiremos más abajo) y, como las mismas, adolece de una cierta vaguedad en la descripción del tipo, que sin duda acarrea una inseguridad jurídica importante para las entidades potencialmente infractoras. Se incluye también una nueva infracción grave [nueva letra c) bis del artículo 100] que refleja la misma infracción muy grave arriba descrita, con la diferencia de que debe haber transcurrido el plazo concedido al efecto para la subsanación por parte de las autoridades competentes sin que ésta se haya producido y siempre que no constituya infracción muy grave. También se incluye una nueva infracción grave consistente en la inobservancia de lo dispuesto respecto de los requisitos de honorabilidad empresarial o profesional de administradores, Directores Generales y asimilados y apoderados con facultades generales de representación, que se considera una infracción grave [letra g) bis del artículo 100 de la Ley del Mercado de Valores].

Finalmente, y sin duda por razón de hechos recientes, se establece que todas las sanciones por infracciones graves a las entidades que las cometan, así como las que se impongan por infracciones muy graves y graves a los administradores o directores de las mismas, se publicarán, una vez sean firmes en vía administrativa, en el Boletín Oficial del Estado, a la vez que se crea un registro de sanciones impuestas durante los cinco últimos años por la comisión de infracciones graves y muy graves a las personas físicas y jurídicas (véanse más modificaciones en esta materia en el apartado VI).

III. LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

El Anteproyecto introduce algunos pequeños cambios en relación con el tratamiento de las sociedades cooperativas fiscalmente protegidas, en cuanto establece situaciones especiales, sólo aplicables a las cooperativas de crédito, que provocarían la pérdida de los beneficios fiscales; es de destacar que se permite ahora que participen en el capital social de una cooperativa entidades

no cooperativas hasta el 25%, o incluso hasta el 50% cuando se trate de entidades que realicen actividades preparatorias, complementarias o subordinadas, o incluso participaciones superiores con autorización del Ministro de Economía. Son también causas de pérdida de los beneficios fiscales el realizar operaciones activas con terceros no socios por encima del 50% del activo o la reducción del capital social a una cantidad inferior al mínimo obligatorio. Por otro lado, se permite ahora expresamente a las cooperativas de crédito y de seguros captar recursos con carácter de subordinados previo acuerdo del Consejo Rector.

Se modifica la regulación de los establecimientos de cambio de moneda, que venía contenida en el artículo 178 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Básicamente se establece que se regularán reglamentariamente los requisitos societarios que deben tener las entidades que se dediquen a esta actividad, que quedan sujetas al control y supervisión del Banco de España, salvo que se trate de establecimientos autorizados exclusivamente para la realización de operaciones de compra, en cuyo caso su control y supervisión corresponderá a las entidades que, en cada administración, tengan atribuidas las competencias relativas a la defensa de consumidores y usuarios, conservando el Banco de España competencia en materia de blanqueo de capitales y requerimientos de información. Por lo demás, se somete a estas entidades a la normativa en materia de infracciones y sanciones contenidas en la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y se les obliga a auditar sus cuentas.

Donde mayor incidencia tiene el Anteproyecto es en materia disciplinaria. Por una parte, se aumenta el número de infracciones que pueden cometer las entidades de crédito. Entre otras, se incluye una nueva infracción muy grave [nueva letra n) del artículo 4.º] dentro de las que contempla la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; en concreto, la presentación de deficiencias en la organización administrativa y contable o en los procedimientos de control interno, incluidos los relativos a la gestión de riesgos, cuando tales deficiencias pongan en peligro la solvencia o la viabilidad de la entidad, y fueran cometidos por la entidad de crédito o el grupo consolidable a que pertenezca. El problema que plantea la nueva infracción es su indeterminación, ya que el concepto de deficiencias en la organización administrativa y contable o en los procedimientos de control interno es más que indeterminado, así como qué ha de entenderse por solvencia o viabilidad de la entidad. Esto supone una cierta inseguridad jurídica, especialmente relevante teniendo en cuenta las sanciones que pueden aplicarse a las infracciones muy graves, que pueden llegar incluso a la revocación de la autorización de la entidad. Se incluye otra nueva infracción grave [nueva letra r) del artículo 5.º] que contempla el mismo supuesto arriba descrito, siempre que haya transcurrido el plazo concedido al efecto por las autoridades competentes para su subsanación

sin que ésta se haya efectuado y en la medida en que no constituye una infracción muy grave.

Por último, se actualizan los importes de las multas correspondientes a las infracciones y sanciones reguladas en la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, ahora expresados en euros, tanto para las infracciones muy graves como para las graves y leves (véanse más infracciones que se incorporan ahora en el apartado XIV).

IV. GARANTÍAS EN FAVOR DEL BANCO DE ESPAÑA, DEL BANCO CENTRAL EUROPEO O DE OTRO BANCO CENTRAL DE UN PAÍS MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA

Se establece un nuevo régimen, mediante modificación de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, para las garantías constituidas a favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de un banco central de otro país miembro de la Unión Europea cuando actúe en el ejercicio de sus funciones, entendiéndose por garantía no sólo las tradicionales (prendas, afecciones o similares) sino prácticamente cualquier negocio jurídico que recaiga sobre un activo realizable, incluso el dinero efectivo, y que tenga por finalidad asegurar los derechos y las obligaciones derivados de cualquier operación, tanto presente como futura, que concluya cualquier entidad con alguno de los bancos centrales arriba indicados. Se establecen reglas en cuanto a la formalidad para la constitución, simplificadas al máximo, y para su ejecución basta la certificación que expida la entidad garantizada acerca del importe vencido, líquido y exigible que se ejecuta. Se otorga en favor de las entidades beneficiarias los mismos privilegios que establece el artículo 1.926 del Código Civil para los acreedores pignoraticios. Se establecen además una serie de reglas acerca de la gestión de los activos dados en garantía y de la atribución de los frutos de los mismos (en favor de la entidad que la constituyó).

Por lo demás, estos activos pueden también ser aplicados temporalmente por sus titulares para la cobertura de operaciones de gestión de tesorería de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, cumpliendo determinados requisitos.

V. ENTIDADES DE SEGUROS

Las modificaciones que introduce el Anteproyecto de Ley en materia de seguros fundamentalmente corresponden a la introducción o incorporación al derecho interno español de diversas Directivas Comunitarias, específicamente

la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil de la circulación de vehículos automóviles; y la Directiva 2000/64/CE por la que se modifican, entre otras, las Directivas 92/49/CE, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida, y 92/96/CE, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida. No obstante, también se incluyen otras modificaciones tendentes a mejorar la organización y funcionamiento de las entidades de seguros y de su supervisión.

En este sentido, se contemplan algunas limitaciones a los acuerdos de cooperación de intercambio de información entre las autoridades competentes para la ordenación y supervisión de las entidades aseguradoras, básicamente tendentes a proteger el secreto profesional y la limitación de la transferencia de información a países ajenos al Espacio Económico Europeo.

Se suprime la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras, cuyas funciones, patrimonio y personal se traspasan al Consorcio de Compensación de Seguros, cuya normativa reguladora (fundamentalmente los artículos 27 y siguientes de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados) resultan también modificadas, así como el estatuto legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre. A fin de asegurar la ordenada transmisión de actividades, se regula el régimen transitorio hasta el total traspaso de las competencias, derechos y obligaciones de la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras a favor del Consorcio de Compensación de Seguros.

Como se indicaba más arriba, la transposición de la Directiva relativa al seguro de responsabilidad civil en la circulación de vehículos automóviles supone introducir numerosas modificaciones en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en lo que se refiere a este tipo de aseguramiento. Se incluyen normas sobre el nombramiento de representantes por parte de las entidades que lleven a cabo este tipo de seguros, tanto en España como, en su caso, en cada uno de los países del Espacio Económico Europeo, estableciéndose las funciones y facultades de dichos representantes; a este fin, también se modifica el Texto Refundido (Decreto 632/1968, de 21 de marzo) de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en su redacción dada por la Ley 30/1995 arriba citada.

Aunque son numerosas las modificaciones incluidas, la más relevante, que se contiene en un nuevo Título III del Texto Refundido, es la que se refiere al tratamiento de los siniestros ocurridos en un Estado distinto al de residencia del perjudicado cuando el lugar del siniestro sea España y el perjudicado tenga su

residencia en otro Estado del Espacio Económico Europeo o viceversa, y respecto de los siniestros ocurridos en terceros países que estén adheridos al sistema de la carta verde cuando el perjudicado tenga su residencia habitual en España o el vehículo causante tenga su estacionamiento habitual y esté asegurado en España. Se determinan las funciones de los representantes encargados de la tramitación y liquidación en el país de residencia del perjudicado de los siniestros ocurridos en un Estado distinto al de residencia de éste y el procedimiento de reclamación de los perjudicados no residentes en España ante las entidades aseguradoras autorizadas en España o sus representantes en el resto de los países del Espacio Económico Europeo, así como el procedimiento de reclamación del perjudicado con residencia en España ante las entidades aseguradoras autorizadas en otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo o ante sus representantes en España.

Se designa como organismo de información, a fin de suministrar al perjudicado la necesaria para formular sus reclamaciones, al Consorcio de Compensación de Seguros, a quien se atribuyen una serie de obligaciones y facultades a fin de cumplir con este cometido. Asimismo, se considera a la Oficina Española de Aseguradores de Automóviles (OFESAUTO) como organismo de indemnización ante el que se pueden presentar las reclamaciones de indemnización en caso de falta de respuesta a las reclamaciones planteadas por los perjudicados con residencia en España o en caso de que la entidad aseguradora no hubiese designado representante en nuestro país; a estos efectos, se otorgan a OFESAUTO determinados derechos de repetición contra los organismos de indemnización del Estado de residencia de la entidad aseguradora que emitió la póliza de seguros. También debe OFESAUTO, en caso de imposibilidad de identificación del vehículo causante del perjuicio, indemnizar al perjudicado hasta los límites del aseguramiento de suscripción obligatoria vigentes en el país de ocurrencia del siniestro, también con derecho de repetición contra el fondo o sistema de garantía del Estado miembro correspondiente.

Se establece la posibilidad (en algunos casos la obligación) del Consorcio de Compensación de Seguros y de OFESAUTO de celebrar acuerdos con organismos equivalentes en otros Estados miembros del Espacio Económico Europeo, así como la facultad del Ministro de Economía de ampliar, por medio de acuerdos o convenios internacionales, el ámbito de aplicación de lo dispuesto en este Título III nuevo.

En materia de infracciones y sanciones de las entidades de seguros, se incluyen nuevas infracciones, una muy grave y otra grave, la primera consistente en presentar deficiencias en la organización administrativa y contable o en los procedimientos de control interno cuando tales deficiencias pongan en peligro la solvencia o viabilidad de la entidad aseguradora (como puede verse, en línea con lo que ahora también de nuevo se dispone para las entidades de

crédito y las entidades supervisadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores) y una infracción grave, descrita de la misma forma que la muy grave, pero con la diferencia de que debe tratarse de hechos que no constituyan una infracción muy grave y que no se hayan subsanado en el plazo concedido al efecto por las autoridades competentes [nuevas letras q) del apartado 3 del artículo 40.º y q) del apartado 4 del mismo artículo de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados]. Finalmente, se actualizan, expresados en euros, los importes de las sanciones que consistan en multas por razón de infracciones en materia de seguros.

VI. CONTRATACIÓN EN LOS MERCADOS DE VALORES

Una de las modificaciones más importantes que introduce el Anteproyecto de Ley es en materia de contratación en mercados de valores y de utilización de información privilegiada. Se endurecen notoriamente las obligaciones de las personas que adquieren este tipo de información y se obliga a las entidades que operan en estos mercados a establecer normas tendentes a evitar la difusión de la misma o su mal uso.

Así, en primer lugar, se establece la obligación de incluir en la memoria anual, por parte de las sociedades emisoras de valores admitidos a cotización en algún mercado secundario oficial (sería más razonable haber incluido esta obligación para todas las que tienen valores negociados en cualquier mercado secundario, sea oficial o no, especialmente teniendo en cuenta el reforzamiento regulatorio que ahora se da a los mercados secundarios no oficiales y a los sistemas de organización de negociación), así como en los informes semestrales que están obligadas a proporcionar, información cuantificada de todas las operaciones realizadas por la sociedad con personas vinculadas, entendiéndose como tales a los accionistas con participaciones significativas, a los administradores y a otras personas que, en los términos que se establecerán reglamentariamente, tengan relaciones especiales con aquélla, tales como directivos o personas físicas o jurídicas que actúen por cuenta de éstos.

Se atribuyen importantes facultades de desarrollo reglamentario en favor del Ministerio de Economía, quien puede habilitar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para que el mismo sea efectuado por ésta (nueva adición al artículo 25 de la Ley del Mercado de Valores).

Por otro lado, se refuerzan las normas de conducta (artículo 78 de la Ley del Mercado de Valores), al incluirse la posibilidad de que el Ministro de Economía o, con su habilitación, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, puedan establecer que los reglamentos internos de conducta contengan medidas concretas tendentes a garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en

los artículos 79 a 83 de la Ley del Mercado de Valores en esta materia. Asimismo, se da una nueva redacción al artículo 81 de la Ley del Mercado de Valores, eliminando el actual número 1, que contiene la obligación de reserva de datos e informaciones recibidos; el contenido del actual número 2 se divide entre los nuevos números 1 y 2 y se incluyen dos nuevos números, 3 y 4, el primero estableciendo la obligación de salvaguarda de la información privilegiada sin perjuicio del deber de comunicación con las autoridades judiciales y administrativas, y la obligación de adoptar medidas para evitar que tal información pueda ser objeto de utilización abusiva o desleal, tomando las medidas que sean precisas para corregir las consecuencias que pudieran haberse derivado de esta utilización. Por último, se faculta al Ministro de Economía, que puede habilitar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para establecer diversas categorías de personas o entidades, y sus operaciones en el mercado de valores, que deben guardar medidas concretas para salvaguardar la información privilegiada poseída.

Se dan nuevas redacciones a los artículos 82 y 83 y se incluye un nuevo artículo 83 bis en la Ley del Mercado de Valores. Se define ahora lo que es la información relevante, que es toda aquélla cuyo conocimiento puede afectar a un inversor razonable para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y, por tanto, pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario, imponiéndose la obligación a los emisores de valores de la difusión inmediata al mercado de toda información relevante, mediante comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, comunicación que ha de efectuarse previamente a su difusión por cualquier medio, debiendo hacerse de forma inmediata a su conocimiento o producción, si bien la Comisión Nacional del Mercado de Valores puede dispensar de la difusión cuando pueda afectar a los intereses legítimos del emisor, estableciéndose de nuevo facultades reglamentarias en favor del Ministro de Economía, que puede habilitar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para desarrollar las obligaciones, procedimientos y medios de efectuar las comunicaciones relativas a información relevante.

Se impone la obligación a todas las entidades o grupos de entidades que presten servicios de inversión o que actúen o asesoren en materia de inversión respecto de mercados de valores, de establecer las medidas necesarias para impedir el flujo de información privilegiada entre sus distintas áreas de actividad de forma que éstas actúen de manera autónoma y tomen de esta forma también sus decisiones en el ámbito de estos mercados. Es decir, se consagra el principio de lo que en el mundo anglosajón se denominan “murallas chinas”. Específicamente se obliga a establecer áreas separadas de actividad dentro de la entidad o grupo, así como barreras de información entre cada área separada y el resto de la organización y entre cada una de las áreas separadas, a la vez que se impone la obligación de definir un sistema de decisión sobre inversiones que

garantice que éstas se adopten autónomamente dentro de cada área, y elaborar y mantener actualizada una lista de valores e instrumentos financieros sobre los que se dispone de información privilegiada y una relación de personas y fecha en que hayan tenido acceso a tal información, de nuevo habilitando reglamentariamente al Ministro de Economía y por éste, en su caso, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para establecer medidas de carácter obligatorio.

Por su parte, los emisores de valores, durante las fases de estudio o negociación de cualquier operación jurídica o financiera que pueda influir en la cotización de valores e instrumentos financieros, tienen obligación de limitar el conocimiento de la información a aquéllas personas que estrictamente sea imprescindible; llevar un registro documental en el que se incluyan los nombres de las personas que han tenido acceso a la información y la fecha en la que la han adquirido; advertir a estas personas del deber de confidencialidad y prohibición de uso de la información; establecer medidas especiales de seguridad para la custodia, archivo, acceso, reproducción y distribución de la información; vigilar la evolución en el mercado de los valores por ellos emitidos y las noticias de los difusores profesionales de información económica y los medios de divulgación, en la medida en que les pueda afectar y cuando se produzca una evolución anormal en cuanto a volúmenes o precios contratados y existan indicios racionales de que dicha evolución se está produciendo como consecuencia de una difusión indebida de la operación; y, cuando esto ocurra, difundir de inmediato una comunicación de información relevante al respecto. Se establecen también prohibiciones de utilización de información privilegiada sobre sus propias acciones o instrumentos financieros por parte de los emisores o de los miembros de su órgano de administración o directivos, así como del personal integrado en las áreas relacionadas con las actividades de mercado de valores. De nuevo, se habilita reglamentariamente al Ministro de Economía quien puede delegar en la Comisión Nacional del Mercado de Valores a fin de establecer medidas de carácter obligatorio. Asimismo, se faculta a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para ordenar a los emisores de valores, o cualquier otra entidad relacionada con los mercados de valores, que pongan en conocimiento del público hechos o informaciones relevantes, pudiendo hacerlo la propia Comisión en caso de no hacerlo aquéllos.

Aquellas entidades que tienen obligación de elaborar un reglamento interno de conducta deberán remitirlo a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el plazo de nueve meses (debe entenderse que desde la entrada en vigor de la Ley Financiera, si bien todo resulta un poco confuso, pues se hace por medio de añadir una Disposición Transitoria Decimocuarta a la Ley del Mercado de Valores, que tuvo su propia fecha de entrada en vigor, y no como Disposición Transitoria del propio Anteproyecto, lo que sería más correcto), así como un compromiso por escrito que garantice la actualización de dicho reglamento interno de conducta y de que su contenido es conocido, comprendido y acepta-

do por todas las personas a las que resulta de aplicación (esta obligación de remitir un compromiso escrito no se entiende muy bien, pues bastaría con haber impuesto legalmente la obligación de hacerlo así, de forma que se evite su carácter cuasicontractual). Se faculta a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para obligar a incluir en el reglamento interno de conducta los términos que estime oportunos para lograr su adecuación a los preceptos legales.

También se regula la manipulación de cotizaciones, mediante la inserción de un nuevo artículo 83 ter en la propia Ley del Mercado de Valores, obligando a toda persona o entidad que se relacione o actúe en el mercado de valores de abstenerse en la preparación o realización de prácticas que falseen la libre formación de precios, habilitando al Ministro de Economía, con posible delegación en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para desarrollar una relación y descripción no exhaustiva de las prácticas concretas a la libre formación de precios, de las que, en cualquier caso, ya se contiene en la Ley una breve enumeración.

Se incluyen nuevas infracciones en la Ley del Mercado de Valores, como muy graves, insertando nuevas letras ñ) y o) en el artículo 99, relativas al incumplimiento de las obligaciones de comunicación de información relevante o utilización de información privilegiada, así como la realización o preparación de prácticas que falseen la libre formación de precios [mediante una nueva redacción de la letra i) de este mismo artículo]. Asimismo, se considera infracción grave esta preparación o realización de prácticas que falseen la libre formación de precios cuando no constituyan infracción muy grave [nueva redacción de la letra w) del artículo 100 de la Ley del Mercado de Valores].

Paralelamente, se refuerzan las facultades de la Comisión Nacional del Mercado de Valores frente a los denominados "chiringuitos financieros", ya que cuando una actividad reservada a empresas de servicios de inversión o una de las denominaciones a ellas también reservadas fuera utilizada o llevada a cabo por personas no facultadas para ello, queda autorizada la Comisión Nacional del Mercado de Valores para la imposición de multas coercitivas, advertencias públicas y requerimiento, si bien se le priva de la posibilidad de que goza en el texto vigente de acordar el cierre del establecimiento infractor o la incautación de libros y otros documentos relativos a la actividad ilícita, todo ello sin perjuicio de la imposición, además, de las sanciones especialmente previstas por la Ley del Mercado de Valores cuando se incurra en otras infracciones contra lo dispuesto en la misma.

VII. INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA

Se modifican algunos aspectos de la regulación de las instituciones de inversión colectiva y de sus sociedades gestoras y depositarios, si bien no son

especialmente relevantes; asimismo, se incluye la posibilidad, bajo ciertos requisitos, de que estas instituciones puedan llevar a cabo préstamos de valores de una forma más amplia a como hasta ahora venían autorizadas.

No obstante, se añade la obligación, para ser entidad depositaria de las instituciones de inversión colectiva, de estar adherida o ser miembro de los sistemas de compensación, liquidación y registro de los diferentes mercados de valores españoles.

VIII. COMPENSACIÓN CONTRACTUAL ("NETTING")

Se amplían las posibilidades de compensación contractual, o "netting" en la terminología anglosajona, para lo que se modifica la Disposición Adicional Décima de la Ley del Mercado de Valores, a fin de incluir dentro de las posibilidades de compensación contractual que se deriven de un acuerdo marco no sólo los instrumentos derivados propiamente dichos, sino también los préstamos de valores, las cesiones en garantía y las garantías u otras operaciones con finalidad directa o indirecta de garantía vinculadas al propio acuerdo de compensación contractual, siempre que tengan por objeto deuda pública, otros valores negociables o efectivo. Basta la formalización documental privada y la entrega, transmisión o anotación registral de los valores, o el depósito o transferencia del efectivo en su caso. El resto del precepto, con algunos ligeros retoques, sigue con su redacción actual (se modifica también la Disposición Adicional Duodécima para que exista, como en la actualidad, un tratamiento equivalente en lo que se refiere a operaciones sobre deuda pública). Se echa en falta la inclusión de los derivados de crédito, y además es algo confusa la redacción empleada ("se considerarán a efectos de esta Disposición operaciones financieras las realizadas sobre los instrumentos financieros previstos en el párrafo 2.º del artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores") ya que no se trata de operaciones financieras realizadas sobre un instrumento financiero, sino instrumentos financieros en sí mismos los que se incorporarán a estos acuerdos de compensación contractual. Sin embargo, la finalidad del precepto parece clara, y está en línea con las iniciativas legislativas, en esta materia, de los países de nuestro entorno.

IX. CESIONES DE CRÉDITO

Se incluyen dos normas importantes a efectos de facilitar la titulización formal y la titulización informal (o "sintética") que se lleva a cabo por medio de acuerdos de cesión contractual, aplicados tanto al factoring y al descuento de créditos, a los que estrictamente se refiere, como a otras operaciones informales de titulización transfronteriza, que se realizan habitualmente en la práctica.

Básicamente, se trata de permitir la cesión de créditos frente a las administraciones públicas por parte de empresarios de producción de bienes y servicios en favor de entidades de crédito, quedando el cesionario protegido frente a la quiebra del cedente, para lo que se modifica el artículo 100 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, añadiéndole un nuevo apartado 4, con una redacción sustancialmente similar a la contenida para las cesiones de créditos frente a deudores privados que se contempla en la actual Disposición Final Tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, Reguladora de las Entidades de Capital Riesgo y de sus Sociedades Gestoras, lo cual no puede sino aplaudirse.

Como incentivo a la cesión de créditos, si bien en el ámbito de las titulizaciones puras, se permite que los fondos de titulización de activos puedan incorporar dentro de su patrimonio participaciones hipotecarias que no reúnan estrictamente los requisitos establecidos en la normativa del mercado hipotecario, dejando de tener entonces la denominación de participaciones hipotecarias para adoptar la de "certificados de transmisión de hipoteca"; en este sentido, y por suponer la creación de un nuevo valor hipotecario, quizá hubiera sido técnicamente más correcto introducir la modificación en la propia normativa del mercado hipotecario, mejor que en la de fondos de titulización.

X. SOCIEDADES DE CAPITAL RIESGO

El régimen de estas sociedades resulta significativamente alterado, tanto en lo que se refiere a su organización como a su actuación.

Por un lado, se redefine su objeto social como "la toma de participaciones temporales en el capital de empresas no financieras que, en el momento de la toma de participación, no coticen en el primer mercado de las bolsas de valores", con lo que se abre la puerta a la toma de participación en sociedades que puedan cotizar en dichos mercados en un momento posterior, y de aquéllas que coticen en mercados distintos del primero. Asimismo, se consideran empresas no financieras aquéllas cuya actividad principal sea la tenencia de acciones o participaciones emitidas por entidades que no pertenezcan a sectores financieros, y se establece también la posibilidad de que las sociedades de capital riesgo inviertan en valores emitidos por empresas cuyo activo esté constituido en más de un 50% por inmuebles directamente adscritos a una finalidad o actividad empresarial que no sea la estrictamente inmobiliaria. Se amplía la posibilidad de invertir hasta el 25% de su activo en empresas pertenecientes a su grupo o al de su sociedad gestora, siempre que se reúnan una serie de requisitos, sobre todo de carácter informativo, tanto en sus propios estatutos como en sus folletos e información pública. El capital social suscrito mínimo queda ahora fijado en

1.200.000 euros, con un desembolso mínimo del 50% en el momento de su constitución y posibilidad de desembolso del resto en tres años, limitando el desembolso en especie al 10% del capital social.

XI. CONTRATACIÓN Y DINERO ELECTRÓNICOS

Sin perjuicio de que se está tramitando en paralelo una ley sobre contratación electrónica, que vendrá a sustituir o modificar ampliamente el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica, se incluyen habilitaciones reglamentarias en favor del Ministro de Economía respecto de la contratación de servicios de inversión, servicios bancarios y contratación de seguros de forma electrónica, para que regule las especialidades de estos tipos de contratación.

Asimismo, se definen como entidades de dinero electrónico aquéllas que, sin gozar por otro motivo de la calificación de entidades de crédito (ya que éstas, en general, podrán emitir medios de pago que supongan dinero electrónico) tengan como actividad principal la emisión de medios de pago en forma de dinero electrónico en los términos que reglamentariamente se establecerán, entendiéndose por dinero electrónico un valor monetario representado por un crédito que se puede exigir al emisor y que está almacenado en soporte electrónico, contra la recepción de fondos por importe no inferior al valor monetario emitido y que resulte aceptado como medio de pago por empresas distintas del emisor. Queda vedada la recepción de fondos por importe superior al valor monetario que se pueda emitir a través de medios de pago en forma de dinero electrónico. Se establecen algunas limitaciones a la forma de recepción de fondos por estas entidades y se les reserva la denominación de "Entidades de Dinero Electrónico" y su abreviatura "E.D.E.". Antes de comenzar a operar deben ser autorizadas por el Ministro de Economía previo informe del Banco de España, a cuya supervisión e inspección quedan sometidas, creándose un registro específico para estas entidades en dicho Banco. Su tratamiento, en materia de ordenación y disciplina, así como de recursos propios y supervisión, y blanqueo de capitales, es similar al del resto de las entidades de crédito, siéndoles específicamente de aplicación el régimen sancionador previsto en la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

Queda excluido de la aplicación de la norma el dinero electrónico emitido para ser utilizado sólo dentro del grupo de sociedades, si bien la exención no es automática sino que deberá acomodarse a lo que se establezca reglamentariamente. Del mismo modo, las entidades de dinero electrónico comunitarias eximidas de la aplicación del régimen de las entidades de crédito no gozarán en España de derecho de establecimiento ni de libre prestación de servicios directa.

Las entidades de dinero electrónico gozarán del carácter de entidades de crédito, a cuyo fin se modifica el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre Adaptación del Derecho Vigente en Materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas, y se considera actividad reservada a las entidades de crédito, para lo que se modifica la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, la actividad comercial de emitir dinero electrónico, a añadir a las que ya estaban reservadas en la redacción anterior (básicamente, la intermediación en el crédito).

Se establece, asimismo, el derecho del portador de dinero electrónico a su conversión en monedas y billetes o transferencias a cuentas bancarias sin gastos, salvo los estrictamente necesarios, si bien puede establecerse un límite mínimo para la conversión no superior a 10 euros. Por último, se conceden al Gobierno facultades reglamentarias muy amplias para desarrollar la creación y ejercicio de la actividad de estas entidades.

XII. COMISIONADOS PARA LA DEFENSA DEL CLIENTE

Con ánimo de mejorar la protección de la clientela de servicios financieros, se establecen diversas medidas. La primera de ellas es la creación de tres comisionados distintos, frente a un comisionado único previsto en la redacción anterior del Anteproyecto de Ley Financiera. Ahora, se dividen, formalmente, las competencias por especialidades, de tal manera que existe un comisionado para la defensa del cliente de servicios bancarios, otro para la defensa del inversor y uno último para la defensa del asegurado. Los mismos se adscriben orgánicamente, respectivamente, al Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

El objeto de los comisionados es proteger los derechos de los usuarios dentro del respectivo ámbito material de competencias de las entidades a las que están adscritas orgánicamente. Las funciones de los tres, aunque establecidas de forma separada, son similares, básicamente atender quejas y reclamaciones y asesorar a los usuarios de los respectivos servicios. El nombramiento de los titulares se hará por el Ministro de Economía, oídos, respectivamente, el Gobernador del Banco de España, el Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Director General de Seguros y Fondos de Pensiones, y en los tres casos mediante audiencia previa del Consejo de Consumidores y Usuarios, teniendo un mandato de cinco años sin posible renovación y recayendo en personas de reconocido prestigio en el ámbito económico o financiero con, al menos, diez años de experiencia profesional. Actuarán conforme a los principios de independencia y autonomía en el ejercicio de sus funciones, y elaborarán una memoria anual cada uno de ellos. Se incorporarán a cada uno de los comisionados los servicios de reclamaciones o equivalentes que tenga esta-

blecidos la entidad a la que esté cada uno de ellos orgánicamente adscrito, a fin de darles soporte administrativo y técnico.

Aunque existen tres comisionados, cualquier reclamación, sea quien sea la entidad destinataria o causante de la misma, puede presentarse ante cualquiera de ellos, de tal manera que, aunque la tramitación posterior se lleve a cabo por el competente, se facilite el acceso a los usuarios.

Aun cuando es loable este intento de incrementar la protección de los consumidores o usuarios, no se aprecia muy bien cuál va a ser la mejora real de la protección que va a derivarse de la existencia de unos comisionados como los previstos frente a la que hoy se recibe de los servicios de reclamaciones existentes en la actualidad ya que, en definitiva, también son órganos autónomos, al menos, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Banco de España; no es exactamente el caso de la Dirección General de Seguros, pero en todo caso parece que la mejora es más aparente que real.

Por otro lado, se obliga a todas las entidades de crédito, entidades aseguradoras y empresas de servicios de inversión al nombramiento de un defensor del cliente. Esta figura ya existía con carácter voluntario respecto de las entidades de crédito, pero ahora se convierte en obligatoria para todas ellas y además para las otras entidades expresadas. Su función es atender las quejas y reclamaciones de los usuarios y asegurar el cumplimiento por parte de las entidades de las normas de transparencia y protección de la clientela, así como de las buenas prácticas y usos financieros.

La decisión del defensor del cliente favorable a este último vinculará a la entidad, aunque a continuación se indica que esta vinculación no será obstáculo a la plena tutela judicial, al recurso a otros mecanismos de solución de conflictos ni a la protección administrativa, por lo que no queda nada claro cuál es el carácter de esta vinculación, en la medida en que puede ser luego recurrida. Se exige, además, para la tramitación de cualquier reclamación ante cualquiera de los comisionados para la defensa del cliente, que se acredite haber formulado previamente, por escrito, reclamación ante el defensor del cliente, y sólo cuando se haya resuelto de forma negativa o el cliente no reciba respuesta en el plazo de tres meses es cuando podrá acudirse al comisionado, el cual, recibida la reclamación, y examinado el contenido de la misma, procederá, si lo estima oportuno, a la apertura de un expediente. Debe entenderse que la decisión del comisionado puede ser recurrida también en vía judicial, no está muy claro si civil o contencioso-administrativa (aunque parece que este último orden jurisdiccional sería el competente).

XIII. CÉDULAS TERRITORIALES

Se crea un nuevo tipo de valores de renta fija, a los que se da el nombre de "Cédulas Territoriales", que podrán emitir aquellas entidades que tengan créditos frente al Estado, las Comunidades Autónomas, los entes locales así como los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales dependientes de unos y otros, u otras entidades de análoga naturaleza dentro del Espacio Económico Europeo. Su capital e intereses estarán especialmente garantizados por estos préstamos y créditos frente a las administraciones públicas antedichas.

Las Cédulas Territoriales no han de ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil ni están sujetas a los límites ni los requisitos establecidos para la emisión de obligaciones en la Ley de Sociedades Anónimas ni en la Ley sobre Emisión de Obligaciones por Sociedades que han adoptado forma distinta de la de anónimas, Asociaciones y otras Personas Jurídicas.

El importe total de las Cédulas emitidas, teniendo en cuenta que sólo pueden emitirlas las entidades de crédito (para la movilización de los créditos que ostenten otros empresarios se facilita ahora, como se vio en el apartado IX, el factoring y la cesión de los mismos), no podrá ser superior al 70% del importe de los préstamos y créditos no amortizados que la emisora tenga concedidos a las administraciones públicas arriba indicadas y que estén garantizando expresamente el capital e intereses de esas Cédulas Territoriales; se permite sobrepasar dicho límite siempre que en un plazo no superior a tres meses, y sólo aumentando la cartera de préstamos o créditos concedidos a aquellas entidades, o bien adquiriendo sus propias Cédulas Territoriales en el mercado o amortizando las ya emitidas en el importe necesario, se restablezca el reequilibrio, debiendo entre tanto cubrir la diferencia mediante un depósito en efectivo o de fondos públicos en el Banco de España.

Se confiere a los tenedores de Cédulas Territoriales un derecho preferente sobre los derechos de crédito que a su vez tenga la entidad emisora frente a las entidades de derecho público arriba mencionadas, para cuyo cobro ostentan un derecho similar al que el artículo 1922 del Código Civil confiere a ciertos acreedores sobre determinados bienes muebles, teniendo la Cédula Territorial el carácter de título ejecutivo a efectos procesales.

Estas Cédulas han de representarse necesariamente mediante anotaciones en cuenta, y pueden ser admitidas a negociación en un mercado de valores. Por lo demás, tienen un tratamiento equivalente al de las Cédulas Hipotecarias a efectos de coeficiente de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, pudiendo ser también adquiridas por las instituciones de inversión colectiva, en términos similares a los de las cédulas hipotecarias, cuyo régimen de alguna manera replican.

XIV. CENTRAL DE INFORMACIÓN DE RIESGOS

Una de las principales novedades que introduce el Anteproyecto de Ley es una completa regulación, que le da nueva planta, de la Central de Información de Riesgos. El Decreto Ley 18/1962, de 7 de junio, de Nacionalización y Reorganización del Banco de España creó el Servicio Central de Información de Riesgos dentro del Banco de España, al que las entidades de crédito están obligadas a comunicar los datos de concesión de créditos, tanto de los que incurran en riesgo de morosidad como en los que supongan concentración de riesgos. Las funciones de este Servicio eran, en sus orígenes, fundamentalmente estadísticas. Este precepto legal se desarrolló, en un primer momento, por la Orden de 13 de febrero de 1963 que entre otras cosas permitía a las entidades de crédito solicitar a la Central de Información de Riesgos información sobre el endeudamiento total de cualquier persona física o jurídica, que exigía ciertos requisitos en la petición si el cliente respecto del que se solicitaba la misma no tuviera ya antecedentes en la Central facilitados por la entidad de crédito peticionaria (ciertamente excediendo el contenido de la Orden, lo que el Decreto Ley contemplaba como función de esta Central).

Numerosas normas reglamentarias, de variado rango, han venido regulando diversos aspectos de esta Central de Información de Riesgos, como la Orden de 22 de enero de 1971, y las Circulares del Banco de España 4/1994, 3/1995, 10/1996 y 6/1998, entre otras, configurando todo ello un conjunto normativo disperso y poco estructurado, y, hoy, posiblemente con insuficiente rango normativo.

El Capítulo VI del Anteproyecto de Ley contiene ahora una regulación completa y ordenada del régimen jurídico de la Central de Información de Riesgos, a la que se configura como un servicio público que recoge información sobre riesgos de crédito a fin de facilitárselo a las propias entidades que deben declararlos, a fin de ejercitar su actividad, pero también con la finalidad de permitir la supervisión prudencial de las entidades declarantes y facilitar al Banco de España el ejercicio de sus funciones. En definitiva, se trata de formar una base de datos sobre riesgos crediticios y morosidad, de acceso para todas las entidades de crédito españolas y las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras, fondos de garantía de depósitos, sociedades de garantía recíproca y reafianzamiento y otras entidades que reglamentariamente puedan establecerse por el Ministro de Economía.

Siendo una base de datos, con previsible tratamiento informatizado, sin embargo se aparta del régimen general previsto en la legislación sobre protección de datos de carácter personal en varios aspectos; el principal de ellos consiste en que los afectados al tratamiento de los datos allí contenido, en la medida que se hayan suministrado y conservado conforme a lo previsto en el

Anteproyecto de Ley Financiera, no tienen derecho de oposición, lo cual, si bien parece contrario a los principios generales relativos al tratamiento de datos de carácter personal, es imprescindible a fin de que la Central de Información de Riesgos pueda cumplir con la finalidad que persigue.

Las entidades declarantes, que son las mismas que tienen acceso a los datos y que arriba se enunciaban, están obligadas a proporcionar los datos de las personas con quienes, directa o indirectamente, incluso a través de los grupos consolidables por medio de entidades instrumentales, mantengan riesgos de crédito y todos los datos que afecten a la posibilidad de recuperación de los mismos, así como su importe, lo que hace especialmente obligatorio hacer notar la morosidad o necesidad de provisionar total o parcialmente dichos riesgos. No sólo deben declararse como riesgos de créditos los directamente vinculados a operaciones de préstamo descuento o similares, sino también los correspondientes a emisiones de valores, instrumentos financieros o cualquier negocio jurídico de carácter financiero.

Junto a la antedicha imposibilidad de oponerse a la inclusión de datos, existen dos protecciones en favor de las personas cuyos datos se incluyan, cuales son la imposibilidad de incluir los datos especialmente protegidos que se contienen en el artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (los que se refieren a ideología, religión, pertenencia a partidos políticos, asociaciones, sindicatos o similares, origen racial y, en general, aquellos que se entienden de carácter personalísimo que ya gozan de una protección especial en la legislación general de protección de datos de carácter personal) y en la obligación de que los datos declarados sean exactos y puestos inmediatamente al día, de tal manera que las entidades declarantes deben actuar diligentemente para que los datos incluidos respondan verazmente en todo momento a la situación actual de los riesgos y de sus titulares.

A pesar de no requerirse el consentimiento y de no poder oponerse a la inclusión de los datos que se refieran a personas físicas, las entidades declarantes sí están obligadas a informarles de que se van a transmitir los datos, informando a aquellas personas físicas que además son empresarios individuales que al transmitir los datos correspondientes se va a indicar que gozan de este carácter. Además, deben cumplir con las obligaciones de información que se imponen en la legislación general sobre protección de datos, otorgándose a la Agencia de Protección de Datos posibilidad de acceso a los datos registrados en la Central de Información de Riesgos para que aquélla ejerza las funciones que tiene legalmente atribuidas.

En cuanto a la disponibilidad de los datos o su accesibilidad a los mismos, se establecen dos niveles distintos; el primero, correspondiente a las administraciones públicas, cuyos datos son públicos, y además se notificarán por el

Banco de España al Ministerio de Economía y, en su caso, a la Comunidad Autónoma de la que puedan depender, no sólo para conocimiento de las mismas, sino también a efectos de publicidad.

Un segundo nivel lo constituyen los demás datos sobre personas físicas o jurídicas, en las que no hay disponibilidad general y pública, pero sí un derecho genérico de todas las entidades declarantes de obtener informes sobre los riesgos de aquellas personas registradas en la Central de Información de Riesgos, siempre que estas personas registradas mantengan algún tipo de riesgo con la entidad solicitante, o le hayan solicitado un crédito u otra operación de riesgo, o aparezcan como obligadas al pago, directa o indirectamente, en documentos cambiarios o de crédito cuya adquisición o negociación le haya sido solicitada a la entidad que a su vez solicite los datos. Las entidades declarantes también tienen acceso a todos los datos de las administraciones públicas españolas registradas, tengan o no con ellas relación actual o potencial de crédito o de riesgo (aunque se predica que los datos de las administraciones públicas son públicos, no son accesibles para cualquiera que lo solicite, sino que son públicos en el sentido de publicables por el Ministerio de Economía y la Comunidad Autónoma correspondiente).

Existe una obligación adicional de información de las entidades solicitantes de datos cuando los datos solicitados correspondan a una entidad con la que aún no mantengan relación de riesgo o de crédito, sino que sea alguien que les ha solicitado crédito u otra operación de riesgo, en cuyo caso han de manifestarle que pueden acceder a sus datos en la Central de Información de Riesgos. Se establecen obligaciones de mantenimiento de los documentos justificativos de la solicitud durante ciertos plazos.

Los datos registrados no pueden tener una antigüedad superior a los cinco últimos años, salvo que se trate de empresarios individuales o personas jurídicas, en que el plazo puede ser superior, en la forma que establezca el Banco de España; necesariamente habrán de incluir los datos de la última declaración recibida. Los datos que se pueden remitir son sólo los relativos a identificación de las personas, de los riesgos y de la potencial morosidad, sin indicación de cuáles son las entidades con las que se han contraído los riesgos en cuestión.

Una vez recibido el informe solicitado por parte de la entidad, sólo podrá utilizarlo para la finalidad de concesión y gestión de créditos o asegurar el cumplimiento de la normativa de concentración de riesgos u otra a la que esté sometida, debiendo dar a la información recibida el carácter de confidencial y cancelarla una vez los datos requeridos hayan dejado de ser necesarios. Por otra parte, y precisamente por tratarse de datos confidenciales, no pueden ser cedidos a ninguna otra persona, salvo a entidades financieras que formen parte del mismo grupo consolidable.

Por su parte, también el Banco de España está sujeto a un deber de reserva, y a las normas de secreto profesional en los términos establecidos en la legislación bancaria. Sin embargo, dentro de un régimen de reciprocidad, el Banco de España sí puede ceder los datos de personas jurídicas a organismos o entidades de carácter público que cumplan funciones semejantes en Estados miembros de la Unión Europea y a las entidades declarantes o miembros de estos organismos o entidades, pero con obligación, que debe asegurarse por el Banco de España, de que el cesionario va a quedar sometido a normas de confidencialidad, uso y protección de datos equiparables a las de la normativa española. Parece excluirse la cesión de datos de personas físicas. También pueden transmitirse, dentro de este mismo régimen de reciprocidad, a otros organismos o entidades de países no miembros de la Unión Europea, en cuyo caso sólo pueden referirse a personas jurídicas y a riesgos de empresarios individuales en el ejercicio de su actividad empresarial y, en todo caso, con las mismas limitaciones que respecto de los datos que pueden entregarse a las entidades declarantes españolas. En caso de datos de personas físicas, pueden cederse a autoridades o entidades extranjeras que lleven a cabo funciones similares a las de la Central de Información de Riesgos, cuando pertenezcan a un Estado miembro de la Unión Europea; cuando se transmitan a las autoridades o entidades equivalentes pero de un Estado no miembro de la Unión Europea, debe quedar asegurado que los datos así transmitidos queden sujetos a un régimen de protección similar al que establece la legislación española general de protección de datos (Ley Orgánica 15/1999, artículo 33).

El Banco de España no está obligado a informar a los titulares de los riesgos, ni a las entidades que cedieron los datos recibidos, del tratamiento que les dé ni de su uso o cesión, en la medida en que ésta se sujete a lo establecido en el Anteproyecto de Ley Financiera.

Los datos así registrados en la Central de Información de Riesgos se conservarán durante diez años (plazo bastante superior a los que contempla la legislación general de protección de datos), cancelándose por la misma transcurrido el plazo indicado, aunque, a efectos estadísticos, históricos o científicos pueden conservarse por más tiempo, siempre que no se identifique específicamente al afectado. En la conservación de estos datos el Banco de España debe adoptar medidas equivalentes a las que la legislación general sobre protección de datos de carácter personal establece para evitar la alteración, pérdida o tratamiento o acceso no autorizado de los mismos.

Aunque no tienen derecho de oposición, todas las personas, físicas o jurídicas, que figuren inscritas en la Central de Información de Riesgos como titular de alguno declarable, tendrán derecho a acceder a toda la información que les afecte, solicitar la identificación de la entidad que ha comunicado sus datos durante los últimos seis meses, y de las cesiones que de los mismos van a

realizarse. Asimismo, se puede solicitar al Banco de España la corrección de los datos que sean inexactos o incompletos, si bien el Banco de España, antes de proceder a cualquier modificación de los mismos, debe dirigirse a la entidad declarante a fin de que ésta exprese lo que estime conveniente, quedando estas entidades obligadas a dar una respuesta motivada cuando decidan no acceder a la rectificación, en cuyo caso, si el reclamante fuese una persona física, podrá efectuar a su vez reclamación frente a la entidad declarante y ante la Agencia de Protección de Datos en los términos establecidos en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal a fin de que ésta resuelva sobre si procede o no la rectificación. También las personas jurídicas tienen derecho de acceso a los datos remitidos a la Central de Información de Riesgos y de rectificación, si bien no se les da acceso a la Agencia de Protección de Datos del modo otorgado a las personas físicas en la forma antedicha, ya que la Ley Orgánica de Protección de Datos no prevé una protección específica para las personas jurídicas en este sentido.

Se prevé un sistema de suspensión de la cesión de datos que consten en la Central de Información de Riesgos mientras dure la tramitación de la reclamación frente a los datos incluidos en la misma que puedan plantear las personas físicas o jurídicas, tanto durante el plazo dado a las entidades declarantes para que respondan sobre la solicitud de cancelación o rectificación, como durante el procedimiento de reclamación ante la Agencia de Protección de Datos o, eventualmente, cualquier procedimiento judicial; durante esta suspensión de la cesión de datos o bloqueo de los mismos, sólo estarán disponibles para las administraciones públicas, jueces y tribunales.

A fin de reforzar las obligaciones de cumplimiento por parte de las entidades declarantes, se modifican los artículos 4 y 5 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, a fin de ampliar las infracciones muy grave y grave que se contienen en las letras j) y n) respectivamente de los artículos 4 y 5. Ahora se considera, entre otras, infracción muy grave el incumplimiento del deber de confidencialidad de los datos recibidos de la Central de Información de Riesgos o su uso para fines distintos de los previstos legalmente, o bien solicitar informes sobre personas titulares de riesgos fuera de los casos legalmente establecidos, cuando, por el número de afectados o la importancia de la información, los incumplimientos puedan estimarse como relevantes; cuando no sean relevantes, se considera infracción grave.

Se conceden importantes facultades reglamentarias, normalmente con posibilidad de delegación en el Banco de España, en favor del Ministro de Economía y Hacienda, y se reitera que las facultades sancionatorias y de regulación concedidas al Banco de España lo son sin perjuicio del mantenimiento de las facultades conferidas a la Agencia de Protección de Datos.

XV. OTRAS PREVISIONES RELEVANTES

La Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Banco de España aprobarán sendos códigos de conducta para las inversiones financieras temporales que lleven a cabo entidades sin ánimo de lucro, tales como los colegios profesionales, las entidades de previsión social y entidades similares, obligándose a los órganos de gobierno, administración o dirección de las mismas a la presentación de un informe anual acerca del grado de cumplimiento de los citados códigos.

Asimismo, se otorga al consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores la facultad, pero que es también una carga, por cuanto conlleva la obligación de cumplimiento, de aprobar un reglamento interno que recoja la estructura orgánica de la Comisión, distribución de competencias entre los órganos, procedimientos internos de funcionamiento y régimen específico de incompatibilidades del personal a su servicio para cuando cesen en el mismo, así como los procedimientos de contratación y acceso del personal y demás cuestiones relativas al funcionamiento y régimen de actuación de la Comisión.

Finalmente, a efectos de mayor control, se modifica la Ley de Auditoría para otorgar a los organismos y órganos reguladores de los mercados financieros la facultad de acceder a los papeles de trabajo de los auditores de las entidades sujetas a su control, entendiéndose como organismos reguladores al Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. El acceso a estos papeles lo es a los meros efectos de desarrollar sus funciones de supervisión y control.

Jurisprudencia

INFRACCIÓN DEL DEBER DE PROMOVER UNA OFERTA PÚBLICA DE ADQUISICIÓN DE ACCIONES Y EL JUEGO DE LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS

M.ª DE LA SIERRA FLORES DOÑA

Profesora Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. RESEÑA DE LOS AUTOS DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL, DE 3 DE ENERO Y 7 DE MARZO DE 2001.

III. LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y SUS FUNCIONES EN EL MARCO DE LAS PARTICIPACIONES SIGNIFICATIVAS EN SOCIEDADES ANÓNIMAS.

1. Polémica en torno a la adopción de la suspensión de derechos.

A) Posición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores: Competencia del Consejo de Administración de la sociedad participada.

B) Posición de la Audiencia Nacional: Competencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

C) Valoración de las diversas orientaciones.

a) *Irrelevancia de la naturaleza del Acto ordenador de la suspensión de derechos en el plano de los fundamentos normativos.*

b) *Preferencia de la adopción administrativa de la suspensión por su mayor adecuación al caso controvertido.*

2. Esencialidad de la adopción cautelar de la suspensión de los derechos de voto.

IV. REFERENCIAS A LA CARACTERIZACIÓN Y ALCANCE DE LA SUSPENSIÓN.
V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El caso de Autos se ocupa del "supuesto incumplimiento del deber de promover una Oferta Pública para la adquisición del 25% en el capital de una sociedad cotizada" (impuesto por el art. 1.2 del RD 1197/1991, en relación con el artículo 60 de la LMV). La Audiencia Nacional se pronuncia en favor de la necesidad de que la "suspensión de los derechos correspondientes a las acciones adquiridas por el partícipe significativo" (prevista en los artículos 60 de la LMV y 40.1 del RD que lo desarrolla) derive de un Acto expreso de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), tras la consiguiente resolución del Expediente sancionador, por exigirlo así una medida de consecuencias tan fundamentales para un accionista (Fundamento de Derecho —FD— segundo, último párrafo del Auto de 7 de marzo).

Si bien la naturaleza administrativa del deber de formular una OPA permite compartir la adopción de la suspensión de derechos por parte de la CNMV cuando el titular significativo haga caso omiso al mandato legal de suspensión (artículo 60.1 de la LMV), la dilatación de esta última a la conclusión del expediente sancionador y especialmente la de suspensión del derecho de voto, favorece el interés privado del partícipe significativo, pese a haber infringido la disciplina legal. Se sacrifica de este modo, no sólo la función de la normativa sobre OPAs, de asegurar la pluralidad de concurrencias de ofertas públicas, la publicidad de las mismas y el respeto del principio de igualdad de trato de los accionistas de la sociedad objetivo, sino principalmente la finalidad específica de la suspensión de los derechos de votos, de impedir los riesgos derivados de un control oculto de la sociedad participada por parte del accionista significativo.

II. RESEÑA DE LOS AUTOS DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL, DE 3 DE ENERO Y 7 DE MARZO DE 2001

Mediante el Auto de 3 de enero de 2001, la Audiencia Nacional (AN) rechazó la admisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Electrabel, S.A.", contra la supuesta actuación de hecho de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), puesta de manifiesto mediante escrito

de 4 de octubre de 2000 y consistente en la suspensión de los derechos políticos correspondientes a las acciones que "Electrabel S.A." había adquirido en "Hidrocantábrico, S.A.", parcialmente junto con "Texas Utilities Company (TXU Corp.)", sin promover la OPA a la que se refiere el artículo 40 del RD 1197/1997 para la adquisición del 25% en el capital de una sociedad cotizada. La Audiencia no admitió el Recurso por entender inexistente la susodicha actuación administrativa, en consonancia con lo manifestado por parte del Abogado del Estado de la CNMV. Asimismo sostuvo que, según "la interpretación finalista de las normas de aplicación resulta que la suspensión de derechos políticos es una medida cautelar prevista por la Ley a adoptar por la CNMV en el ejercicio de sus potestades de supervisión, inspección, y sanción, en las circunstancias previstas en el artículo 40 del RD 1197/1991 que en el supuesto de autos no se ha adoptado ni se ha dado base para entender que deba adoptarse en el ámbito privado por la mercantil en la que Electrabel es accionista en cuantía del 10% del capital social" (FD cuarto del Auto, de 3 de enero de 2001).

"Hidrocantábrico, S.A." interpuso recurso de Súplica a la resolución de la Audiencia Nacional, en orden a la rectificación del Auto de 3 de enero de 2001 para que el mismo expresara igualmente, que la CNMV no había suspendido los derechos políticos de "Electrabel" en "Hidrocantábrico, S.A." porque "no es competente para ello". Recurso desestimado por la Audiencia Nacional mediante el Auto de 7 de marzo de 2001 por entender que la suspensión de derechos por incumplimiento del deber de promover una Oferta Pública para la adquisición de participaciones significativas es una medida administrativa, contemplada en el artículo 40 del RD 1197/1991 y comprendida en la potestad de inspección y supervisión de la CNMV. Pero "no es admisible que una medida de consecuencias tan fundamentales para un accionista como es la suspensión de sus derechos políticos pueda adoptarse sin materializarse en una resolución, y sin la constatación previa por parte de nadie del presupuesto fáctico" (FD segundo, penúltimo párrafo del Auto, de 7 de marzo de 2001).

III. LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y SUS FUNCIONES EN EL MARCO DE LAS PARTICIPACIONES SIGNIFICATIVAS EN SOCIEDADES ANÓNIMAS

1. Polémica en torno a la adopción de la suspensión de derechos

Del contenido de Autos se desprende que, frente a la posición defendida por la recurrente Electrabel, S.A. acerca del juego de la suspensión de derechos como consecuencia de una actividad de hecho de la CNMV (FD Primero del Auto, de 3 de enero de 2001), la CNMV y la Audiencia Nacional sostienen la necesidad de un Acto de adopción de la suspensión, aunque discrepan respecto del órgano competente para ello y en el fundamento del mismo.

A) Posición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores: Competencia del Consejo de Administración de la sociedad participada

Para la Comisión Nacional del Mercado de Valores, "la Administración no ha realizado ninguna actuación en tal sentido porque la suspensión de esos derechos políticos de acuerdo con ese artículo 40, corresponde a la propia sociedad, cuyo capital ha sido adquirido en ese porcentaje, en este caso por dos accionistas de la misma, nunca a la propia Comisión, como erróneamente se ha entendido por la actora" (Fundamento Tercero del Auto, de 3 de enero de 2001, párrafo tercero, en relación con el Hecho expuesto en el número Segundo). Y como "no existe actuación en vía de hecho, no es posible adoptar la medida cautelar interesada, y que la CNMV no es competente para acordar tal suspensión, sino que se trata de un derecho que compete al Consejo de Administración de Hidrocantábrico" (FD Primero del Auto, de 3 de enero de 2001).

B) Posición de la Audiencia Nacional: Competencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores

Compartiendo la tesis de la recurrente, la Audiencia Nacional defiende el carácter administrativo de la medida suspensiva, aunque coincide con la CNMV que en este caso no se ha adoptado; por lo que el Auto de la Audiencia Nacional concluye que no cabe interponer recurso contencioso administrativo contra la resolución de la CNMV.

La Sala "entiende que, con independencia de las decisiones que se puedan adoptar en una sociedad anónima por aplicación de los preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas y en general con base en la regulación legal de las sociedades mercantiles, la CNMV tiene señalada por Ley la obligación de supervisar, inspeccionar y sancionar a determinadas sociedades y en el marco del ejercicio de tales obligaciones legales se ha previsto la posibilidad de suspensión de derechos políticos. El artículo 40 citado más arriba la regula "sin perjuicio de la aplicación de las sanciones a que se refiere el artículo precedente" y define el contenido de los derechos políticos derivados de las acciones "a estos efectos". Es decir la norma que regula las ofertas públicas de adquisición de valores establece que los derechos políticos que puede suspender la CNMV son el de asistencia y voto en las Juntas Generales, el de formar parte de los órganos de administración, el de impugnar los acuerdos sociales salvo que sean contrarios a la ley, y en general, todos los que no tengan un contenido exclusivamente económico.

Queda claro en consecuencia que no puede confundirse "1) la vertiente 'administrativa' y la suspensión de derechos políticos como imposición de la Administración en el ejercicio de las obligaciones de supervisión, inspección y

sanción en el ámbito del mercado de valores, y en concreto, como consecuencia de la realización o no de ofertas públicas de adquisición, con 2) decisiones adoptadas en el seno de las propias sociedades mercantiles en aplicación de la normativa civil y mercantil" (FD Tercero, párrafos cuarto y quinto del Auto, de 3 de enero de 2001).

De acuerdo con "la interpretación finalista de las normas de aplicación resulta que la suspensión de derechos políticos es una medida cautelar prevista por la Ley a adoptar por la CNMV en el ejercicio de sus potestades de supervisión, inspección, y sanción, en las circunstancias previstas en el art. 40 del R.D. 1197/1991 que en el supuesto de autos no se ha adoptado ni se ha dado base para entender que deba adoptarse en el ámbito privado por la mercantil en la que Electrabel es accionista en cuantía del 10% del capital social" (FD Cuarto del Auto, de 3 de enero de 2001).

C) Valoración de las diversas orientaciones

a) *Irrelevancia de la naturaleza del Acto ordenador de la suspensión de derechos en el plano de los fundamentos normativos*

En el plano de los fundamentos de política jurídica que apoyan la suspensión de derechos derivada del incumplimiento del deber de promover una Oferta Pública de Adquisición de acciones, resulta estéril e innecesaria cualquier polémica en torno a la naturaleza administrativa o privada del Acto tendente a la efectividad de la suspensión. En primer lugar, por el fundamento en que descansa la suspensión de derechos. En este sentido, la suspensión deriva directamente de una norma de rango legal (artículo 60 de la LMV —desarrollado por el artículo 40 en relación con el 1.2 del RD 1167/1991—), cuyo contenido impone al titular legal de la participación significativa, el deber de no ejercer los derechos correspondientes a las susodichas acciones hasta que promueva la OPA preceptiva, cuando dice: *"Quien adquiera el volumen de acciones y alcance la participación significativa (...) sin la preceptiva oferta pública de adquisición no podrá ejercer los derechos políticos derivados de las acciones así adquiridas"* (párrafo tercero). (Precepto cuya interpretación ha despertado interés en CAÑO, J.R.: "Suspensión de derechos políticos" en *Régimen jurídico de las Ofertas Públicas de Adquisición (OPAS),* dirigido por SÁNCHEZ-CALERO, F., Madrid, 1993, vol. III, pp. 733 y ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "Suspensión de Derechos políticos de las acciones adquiridas sin promover una OPA", RDS, 1994, núm. 3, pp. 256 y ss.; GARCÍA DE ENTERRIA, Javier: "La suspensión de derechos políticos, por infracción del régimen de OPAS", La Ley, 2000, núm. 5.201, de 8 de diciembre, pp. 1 y ss.).

En segundo lugar, por la doble pretensión legislativa de la suspensión. De un lado, persuadir al cumplimiento del procedimiento de "publicidad de la

oferta y respeto al principio de paridad de trato de los accionistas" previsto para la adquisición de las participaciones significativas en sociedades cotizadas y que se articulan a través de las diversas medidas contenidas en el RD 1197/1991 (entre ellas, los criterios para determinar la existencia de una participación significativa; las prevenciones relacionadas con la presentación, concurrencia de ofertas, suspensión de la negociación de los valores, así como el resto de las medidas referentes a la modificación, aceptación y liquidación de las operaciones). De otro, impedir las consecuencias que previsiblemente se desencadenarían en caso contrario; entre las más relevantes, la ruptura del principio de paridad de trato de los accionistas de la sociedad objetivo y las derivaciones de un poder oculto de la sociedad por parte del partícipe significativo, según se desprende de la interpretación sistemática del artículo 60 de la LMV y consecuente con todo el sistema legal de las participaciones significativas en sociedades anónimas en general (vid. ampliamente FLORES DOÑA, M.ª S.: *Participaciones significativas en sociedades anónimas,* McGraw-Hill, Madrid, 1995, especialmente las pp. 134-152; "La suspensión del ejercicio de los derechos correspondientes a las acciones sobre las que debe informarse a la sociedad", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez,* II, Civitas, Madrid, 1996, pp. 1752-1766 y, más reciente en "Participaciones recíprocas entre sociedades de capital", RDS monografía, Aranzadi, Pamplona, 1998; pp. 321-337) y cotizadas en particular (FLORES DOÑA, M.ª S.: "Transparencia del Mercado: adquisición de participaciones significativas en sociedades cotizadas", en *Instituciones del Mercado Financiero,* VII, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999, pp. 4.661 y ss.).

Y la idea legislativa, de prevalencia del interés social y del Mercado sobre el interés privado del titular de la participación significativa, explica que el incumplimiento de la suspensión ordenada por el artículo 60 de la LMV por parte del presunto partícipe significativo deba subsanarse inmediatamente por los órganos sociales y administrativos que conozcan dichas situaciones, ya en base al poder de dirección empresarial de los administradores y a la observancia en su realización al deber general de diligencia (artículo 127 del TRLSA), ya en razón a la potestad de vigilancia y control reconocida a la CNMV en el seno de los Mercados de Valores (artículo 13 de la LMV); so pena de viciar el Acuerdo (o los Acuerdos) de la Junta General adoptado con el concurso de los votos en suspenso (según resulta del artículo 60, tercer párrafo de la LMV) y, eventualmente, de incurrir en responsabilidad por las consecuencias derivadas de dicho incumplimiento. Por ello, a los efectos del cumplimiento de la suspensión de derechos impuesta en el artículo 60 de la LMV es indiferente que esta última derive de un acto voluntario del propio partícipe significativo o, en su defecto, sea consecuencia de una actuación de los órganos de la sociedad y más concretamente de su "Consejo de Administración", como manifiesta la CNMV (según se reproduce en el Fundamento de Derecho Primero, segundo párrafo, del Auto,

de 2 de enero) o de un Acto de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, como propugna la Audiencia Nacional, en su Auto de 3 de enero (Fundamento tercero, cuarto párrafo).

b) *Preferencia de la adopción administrativa de la suspensión por su mayor adecuación al caso controvertido*

Ahora bien, la efectividad de la suspensión en la realidad empresarial depende de la mayor o menor complejidad del supuesto de hecho. En este sentido, dicha operatividad no suscitará problemas en los casos más simples de participaciones significativas fácilmente constatables (por ejemplo, las realizadas directamente por el titular legal). En cambio, la producción y conocimiento del presupuesto normativo ofrecerá normalmente dificultades en los casos de participaciones significativas, conformadas por operaciones más complejas, a través de la combinación de las diversas fórmulas contempladas por el propio legislador del mercado de valores. Tal sucedería con las participaciones significativas adquiridas directa e indirectamente (artículo 60, segundo párrafo de la LMV) y que separa las realizadas por el propio interesado en la participación significativa de las concluidas por una sociedad perteneciente a su Grupo o un tercero que hubiera actuado por su cuenta o de forma concertada con el mismo. O con las adquiridas mediante negocios de titularidad plena y limitada de diversa naturaleza (titularidad dominical, usufructo, prenda...), con independencia de que se refieran a acciones u otros valores que den derecho a su adquisición. O con las resultantes de la combinación de todas las modalidades mencionadas y cuya posibilidad técnica encuentra su base en los criterios legales para determinar la existencia de una participación significativa sometida al ámbito de la normativa de OPAs (artículo 2.3.4 y 5 del RD 1197/1991).

En este marco complejo de la realidad empresarial podría subsumirse el supuesto de Autos, relacionado con la presunta participación significativa de Electrabel S.A. en el capital de Hidrocantábrico S.A. alcanzada mediante la suma del 10% adquirido inicialmente con la del 15% posterior, adquirido supuestamente por Electrabel S.A. en concierto con Texas Utilities Company (TXU). También puede comprenderse con relativa facilidad no sólo el desconocimiento de dicha situación fuera del círculo de los interesados, sino principalmente las dificultades técnicas con que los terceros (y la propia sociedad) se encontrarían para probar documentalmente que se ha infringido la disciplina legal para su adquisición. Este problema se agrava por el hecho de que la puesta en marcha de todo el sistema de OPAs a la sociedad participada, sus socios y finalmente al público depende legalmente de la voluntad de la persona que va a adquirir la participación significativa, no existiendo ninguna norma habilitadora para que la sociedad participada pueda exigirle la información impuesta en el artículo 60 de la LMV. Y ante esta situación, la verificación y funcionalidad de

la medida suspensiva resultará generalmente ineficaz por parte de los órganos de la sociedad participada. Y ello, no sólo por las dificultades mencionadas, sino también porque el legislador español del Mercado de Valores no reconoce a la sociedad participada ningún derecho frente al titular de la participación significativa para exigirle la información impuesta en el artículo 60 de la LMV.

En cambio, las dificultades indicadas desaparecen cuando es la CNMV la que se sitúa enfrente del partícipe significativo. De esta manera resulta de las potestades administrativas reconocidas a la misma para desarrollar sus funciones de supervisión, inspección y sanción frente a quienes incumplan los deberes de información, junto con la posibilidad de "ordenar (...) la publicidad de la información que estime pertinentes sobre sus actividades relacionadas con el Mercado de Valores (...) y, de no hacerlo directamente los obligados, hacerlo la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores" (artículo 85.6 de la LMV). Por todo ello tiene difícil explicación jurídica la posición de la CNMV en el caso de Autos: primero, silenciando la suspensión de derechos, cuando incoó el expediente sancionador a Electrabel S.A., por supuesta infracción del deber de promover una Oferta pública por haber alcanzado el 25% en el capital de Hidrocantábrico, S.A. (resultante de la adición del 15% adquirido en concierto con TXU a su anterior titularidad del 10%); segundo, declarando innecesariamente que la suspensión de derechos es competencia del Consejo de Administración, apoyándolo equivocadamente en el artículo 40 del RD 1197/1897, pues en este último sólo se ordena la suspensión sin mayor precisión. Y en este plano de desaciertos debe señalarse que la CNMV sí podía tener fácilmente conocimiento del incumplimiento de la normativa de OPA, en base a la información exhaustiva de que normalmente dispone sobre la estructura del capital de las sociedades cotizadas y sus vinculaciones (entre ellas, mediante los deberes de información exigido respecto de las acciones propias, las requeridas a los administradores o a todos los titulares de participaciones propias, significativas —art. 53 de la LMV, desarrollado por el RD 377/1991, de 15 de marzo, tras las modificaciones introducidas por el RD 1370/2000, de 19 de julio). O, cuando menos, acceder a dicha información a través del ejercicio de sus potestades administrativas en materia de supervisión e inspección de los Mercados de Valores (artículo 13 de la LMV) y en base al deber constitucional de los órganos de la administración pública de servir con objetividad a los intereses generales (artículo 103.1 de la CE); en nuestro caso, el del Mercado de Valores y el interés social de Hidrocantábrico, S.A., tutelados por la normativa de OPAs. Por consiguiente, en el expediente sancionador incoado a Electrabel, S.A., la CNMV tendría que haberse pronunciado por la suspensión de los derechos, como lo exige el artículo 60 de la LMV; o, cuando menos, los de voto, como medida provisional esencial para asegurar que no se produzcan los riesgos más graves que quieren impedirse con dicha medida; esto es, controlar ocultamente las decisiones de la Junta General participada. Por lo demás, la posibilidad técnica

de la adopción de esta medida provisional en el Acto de incoación del expediente sancionador por parte de la CNMV encontraría igualmente su apoyo en el marco general del Procedimiento Administrativo (artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero).

2. Esencialidad de la adopción cautelar de la suspensión de los derechos de voto

El carácter cautelar de la suspensión defendido por la Audiencia Nacional, en su Auto, de 3 de enero, cuando dice: "de la interpretación finalista de las normas de aplicación resulta que la suspensión de derechos políticos es una medida cautelar..." (Fundamento de Derecho cuarto, penúltimo párrafo) se contradice en el de 7 de marzo al señalar, que "no es admisible que una medida de consecuencias tan fundamentales para un accionista como es la suspensión de sus derechos políticos pueda adoptarse sin materializarse en una resolución, y sin la constatación previa por parte de nadie del presupuesto fáctico" (Fundamento de Derecho segundo, penúltimo párrafo). De acuerdo con esta última idea en el supuesto caso de que "Electrabel, S.A." fuera realmente titular del 25% del capital de Hidrocantábrico, la suspensión de derechos impuesta legalmente quedaría sin efecto hasta tanto se resolviera el expediente sancionador incoado por incumplimiento de la normativa de OPA, tal y como parece desprenderse igualmente del Fundamento cuarto del Auto de 3 de enero, cuando se señala que "en el supuesto de autos no se ha adoptado ni se ha dado base para entender que deba adoptarse en el ámbito jurídico privado por la mercantil en la que Electrabel es accionista en cuantía del 10% del capital social".

El planteamiento de la Audiencia Nacional no es defendible con el tenor del artículo 60 de la LMV, que obliga al partícipe significativo a abstenerse de ejercer los derechos correspondientes a las acciones adquiridas, sin observar el deber de promover una Oferta Pública de Adquisición. Tampoco es consecuente con el espíritu de la normativa sobre OPAs, de dar a conocer a la sociedad participada (a sus miembros del órgano administrativo, sus accionistas y demás interesados) y al público en general de los "cambios y refuerzos en la estructura de poder sentidos en ella"; ni con la pretensión de la suspensión del derecho de voto, de impedir las posibles derivaciones de un abuso del poder de control y de dirección en beneficio de los intereses privados de quienes acceden ocultamente al control de la sociedad y en detrimento del interés del resto de los accionistas y de la sociedad en general; cuya tutela está detrás de toda la normativa sobre OPAs. Posición en línea con la más reciente STS, de 19 de noviembre de 2001, cuando manifiesta que la suspensión pretende "neutralizar posibles actuaciones de los grupos de poder" (si bien en relación con los arts. 75 y 76 del TRLSA).

Por lo demás, la naturaleza cautelar de la suspensión deriva del carácter temporal de la misma, según se desprende del artículo 60 de la LMV (y 40 del RD 1167/1991, que lo desarrolla): *"quien adquiera acciones (...) y alcance o supere los porcentajes establecidos (...) no podrá ejercer los derechos políticos derivados de las acciones así adquiridas o que adquiera en lo sucesivo, sin promover la correspondiente oferta pública de adquisición"*. De dicho tenor se desprende claramente la necesidad de que la suspensión sea efectiva desde el instante en que se asume la posición significativa en una sociedad cotizada, sin formular la correspondiente oferta pública a todos sus accionistas (artículo 60 de la LMV). Y este carácter temporal es consecuente con la función preventiva de la suspensión respecto de conductas diligentes en materia de OPAs.

IV. REFERENCIAS A LA CARACTERIZACIÓN Y ALCANCE DE LA SUSPENSIÓN

La "suspensión de los derechos" contemplada en el artículo 60 tercer párrafo de la LMV no supone la pérdida de los derechos conectados a las participaciones, sino sólo la privación temporal de su ejercicio. Así puede desprenderse del propio tenor de los preceptos que analizamos: *"no podrá ejercer los derechos políticos de las acciones así adquiridas",* esto es, *"sin promover una oferta pública de adquisición dirigida a todos sus titulares"* (artículo 60 de la LMV). Ello implica la imposibilidad de ejercer los derechos hasta que desaparezca la causa que justifica la suspensión, en nuestro caso, el cumplimiento del deber de promover una OPA o la resolución del expediente sancionador, según resulta de los preceptos reseñados. De esta manera y con alcance general se pretende incentivar conductas diligentes en torno al cumplimiento de la normativa de OPA; asimismo y particularmente con la suspensión de los derechos de voto quiere impedirse que el desconocimiento y anonimato de la posición significativa pudiera suponer la posibilidad de influir en las decisiones de la Junta General y, por dicha vía, lograr "ocultamente" el control de la sociedad participada, con las consiguientes derivaciones de un abuso del poder de dirección y control por parte del titular significativo. La coincidencia de la medida suspensiva con el período legal del ejercicio de determinados derechos puede suponer igualmente la caducidad del plazo para hacer efectivo el mismo (como podría acontecer con el derecho de información, por ejemplo).

La suspensión se restringe a las acciones por las que se ha incumplido el deber de formular una Oferta Pública para su adquisición; en el caso controvertido, el 15% que supuestamente había adquirido "Electrabel, S.A.", en concierto con TXU. La suspensión alcanza a los derechos *"de suscripción preferente, el derecho a formar parte de los órganos de administración de la Sociedad; el derecho a impugnar los acuerdos sociales (...) y al resto de los derechos que no*

tengan un contenido exclusivamente económico" (artículo 40.2 del RD 1197/1991), como podría ser el de instar la convocatoria de la Junta General. Dado el silencio legislativo es indiferente que los derechos en suspenso estén reconocidos individualmente (como sucede con el derecho al dividendo o al derecho de información del socio) o a una minoría (como es el caso del derecho a solicitar la convocatoria de la Junta General).

El alcance general de la suspensión es correcto y adecuado en el plano de su función normativa, de carácter preventivo, de impedir conductas negligentes respecto del cumplimiento de la obligación por el titular de la participación significativa. Del mismo modo, la suspensión del derecho de voto en las Juntas Generales debilita la posibilidad de influir por esta vía en los Acuerdos sociales por un partícipe significativo oculto, con el consiguiente freno a los riesgos de esa situación, de hacer prevalecer sus intereses privados, tal y como pretende evitarse con la interpretación sistemática del deber de formular una Oferta Pública para la adquisición del 25% del capital de una sociedad anónima cotizada.

La suspensión desaparecerá normalmente con la formulación de la OPA (artículo 40.3 del RD 1197/1991) y con la posterior venta de las acciones afectadas por la suspensión, siempre que el adquirente no actúe en concierto con el transmitente, ni sea representante indirecto del mismo, en caso de sociedad que no pertenezca al mismo Grupo (artículo 40.4, en relación con el 2.º 1, ambos del RD 1197/1991).

La inobservancia de la suspensión de los derechos de voto se sanciona con la nulidad de los acuerdos adoptados por los órganos de la sociedad, cuando para "la constitución de éstos o la adopción de aquéllos hubiera sido necesario computar las acciones cuyos derechos políticos estén suspendidos con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo" (artículo 40.5 del RD 1197/1991, en relación con el artículo 60, tercer párrafo de la LMV); legitimándose a la Comisión Nacional del Mercado de Valores "para el ejercicio de las correspondientes acciones de impugnación (...), sin perjuicio de la legitimación que pudiera corresponder a otras personas" (artículo 40.3, segundo párrafo del RD 1197/1991); esto es, "los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo" (artículo 117.1 del TRLSA), conforme a los demás presupuestos condicionantes para su ejercicio contemplados en los artículos 115 y 116 del TRLSA y su sustantivación mediante el juicio ordinario (artículo 249.3 de la LEC 1/2000). El silencio normativo respecto del ejercicio del resto de los derechos en suspenso se resolverá conforme al régimen contemplado para cada uno de los derechos en cuestión. En este punto, el tratamiento que haya de darse al ejercicio de los derechos en suspenso dependerá de las circunstancias concretas que concurran en la práctica, de la naturaleza y característica de cada derecho y, sobre todo, de las repercusiones que de su ejercicio

pudieran derivar en el ámbito societario y extrasocietario. A título de ejemplo puede señalarse, que la trascendencia del ejercicio del derecho a intervenir en las discusiones de la Junta General no es igual que la infracción al derecho de información. Del mismo modo no es equiparable que la persona que incumpla la suspensión cuente con una participación del 11% o disponga del 25% del capital social, como parece presuponerse en el supuesto debatido.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

A) Aun cuando la función preventiva o cautelar de la suspensión de derechos se encuentra implícita en los Autos objeto de este comentario, siendo suficiente citar a este respecto la "formación de pieza separada de suspensión" en el caso debatido, tal y como se prevé en el artículo 131 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso administrativa para las medidas cautelares, ni la CNMV ni la Audiencia Nacional profundizaron en el significado y finalidad de la suspensión de derechos para resolver el problema suscitado por la presunta participación significativa de "Electrabel S.A.", adquirida sin la preceptiva oferta pública, sino que, consciente o inconscientemente, desviaron el debate a los temas relacionados con la competencia orgánica de su adopción y en si tuvo o no lugar por la vía de hecho de la CNMV. Y en las páginas que preceden se ha podido observar que estas últimas cuestiones pasan a segundo plano, en razón al rango legal y contenido imperativo del artículo 60 de la LMV, en orden a la "suspensión de derechos correspondientes a las acciones adquiridas". En cambio, la adopción inmediata de la "suspensión de los derechos de voto" es esencial para impedir las posibles derivaciones de "un abuso del poder de control y de dirección por parte del partícipe significativo" que ocultó la toma de su posición de control, de acuerdo con el tenor y espíritu del artículo 60 de la LMV (y el RD 1197/1991, sobre OPAs).

B) La CNMV colocó a la Administración de "Hidrocantábrico, S.A." en una posición difícil y delicada ante Electrabel; primero con su silencio injustificado en el plano jurídico y después con sus alegaciones en torno a la competencia del Consejo de Administración para hacer efectiva la suspensión de los derechos. Esta situación se agravó aún más con la cuestionabilidad de la función preventiva de la suspensión de derechos por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y con su desafortunada declaración en torno a la necesidad de que la suspensión derive de un Acto expreso de la CNMV, tras la consiguiente resolución del Expediente Sancionador, por exigirlo así una medida de consecuencias tan fundamentales para un accionista. Gravedad por cuanto que ¿no serían aún más graves las consecuencias que se derivarían del ejercicio de los derechos del accionista significativo para el resto de los socios y el futuro de la sociedad?, y que constituyen la base del sistema legal de OPAs, supuestamente incumplido en el caso controvertido.

CUENTA CORRIENTE BANCARIA. CLÁUSULA ABUSIVA ECONÓMICA

[Comentario a la Sentencia de la A.P. de Segovia, de 18 de mayo de 2000]

Ponente: Ilmo. Sr. Palomo del Arco

MARÍA CANDELAS SÁNCHEZ MIGUEL

Profesora Titular de Derecho Mercantil.
Facultad de CCEE. UCM

ANTECEDENTES DE HECHO

En la cuenta corriente existente entre una entidad bancaria y un empresario individual, se depositaban por este último remesas en moneda fraccionaria, que eran objeto de anotación en dicha cuenta, siendo sometidas a una comprobación posterior por una empresa con la que la entidad bancaria tenía una relación contractual, y que verificaba la exactitud de las cantidades declaradas, procediendo a fijar la cantidad definitiva, siendo esta la que posteriormente figuraría en la cuenta del cliente, rectificando, si fuera necesario, la cantidad inicialmente anotada. Debido a esta práctica, se produce en la cuenta corriente unas diferencias importantes en los depósitos, motivo por el que el cliente procede a demandar a la entidad bancaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La actora en su demanda afirmaba que era titular de la cuenta corriente núm. ..., abierta en la oficina principal de la entonces entidad Banco Bilbao Vizcaya de esta ciudad de Segovia y que tras ingresar a finales de 1997 una cantidad que excedía de cinco millones de pesetas para cubrir el descubierto que existía, aún siguieron cargando diversas cantidades por intereses, comisiones y gastos, circunstancia que motivará que solicitara un extracto con todos sus movimientos, tras lo cual comprueba que diversos ingresos en efectivo no habían sido anotados en su cuenta.

Además, añade, que de un ingreso de 1.600.000 pesetas, realizado el 29 de octubre de 1997, se le detrajeron dos cantidades

bajo el concepto «pago-cobro por caja», una primera de 868.370 pesetas y otra de 155.420 pesetas; cantidades que sumadas a las seis anteriores otorgan el total de 1.793.665 pesetas que reclama a la entidad bancaria.

Por su parte, la entidad demandada, alega que omite la actora que los ingresos aludidos provenientes de su negocio de «estanco», los efectuaba «mediante bolsas que contenían moneda fraccionaria», que no venían contadas con exactitud y que tampoco el banco las contaba, sino que tal como se entregaban se pasaban a la empresa especializada en tal servicio, Prosegur, quien al día siguiente entregaba el documento de recuento, conforme al cual «se asentaba o se corregía el asiento ya practicado con la diferencia existente»; sistema, afirma, que era conocido y aceptado por el cliente y del que siempre se le daba cuenta de los resultados; y de ahí que en el documento de «ingreso», se hiciera constar la expresión **salvo buen fin**.

De manera, que no se omitieron, asevera la entidad bancaria, las cantidades que se afirman por la cliente actora, sino que se consignó el auténtico contenido de los ingresos efectuados; así: (...)

Y que las otras dos cantidades detraídas responden a la corrección correspondiente a sustraer de la cantidad indicada y asentada, la realmente ingresada:

El Juez «a quo», aunque entiende inoperativa la cláusula «salvo buen fin», por tratarse de ingresos en metálico, desestima íntegramente la demanda, dado que estos contratos de cuenta corriente unidos al de depósito, se rigen por los principios de buena fe y principio de confianza y la actora que reconoce ser empleada bancaria, «conoce que ingresándose en la cuenta dinero, en cantidades altas, en moneda fraccionaria, la práctica bancaria soluciona el operativo del ingreso mediante un asiento posterior, de tal manera que el primitivo resguardo de ingreso no lo sea en firme, sino condicionado a la adveración del recuento, y ese sistema es asumido por el cliente si nada opone a ello».

Resolución contra la que se alza la actora, alegando error en la valoración de la prueba, pues de la testifical practicada en autos, en los empleados de esa entidad, resulta que la práctica usual bancaria general y la practicada en esa concreta oficina no es la descrita en la resolución de instancia, además de inobservar la normativa sobre el contrato depósito y la regulación protectora de la normativa sobre consumo o usuarios finales.

Segundo.—La cuestión central del litigio, resulta en determinar cuáles son las fuentes que regulan el contrato que liga a las partes; y cuál su contenido; de manera que podamos concluir qué eficacia deba tener el resguardo inicial, cuál la cláusula salvo buen fin y cuál el recuento realizado por tercero.

Efectivamente nos encontramos como bien afirma el Juez «a quo», ante un contrato de cuenta corriente bancaria, que conforme al sentir de la doctrina científica se caracteriza por las siguientes notas:

1. Su prestación determinante lo integra el servicio de caja.
2. Las obligaciones derivadas del ejercicio de este servicio se concretan en la información periódica que debe suministrar al cliente, y en el secreto bancario, sobre los informes personales derivados de las operaciones efectuadas a tal respecto.
3. La compensación de créditos y deudas o, dicho en términos contables, entre las partidas del debe y el haber, se realiza automáticamente en cada operación, no siendo aplicable la compensación global y al cierre de la cuenta, como ocurre en la cuenta corriente mercantil.
4. Y el cuentacorrentista dispone en cualquier momento de las sumas a su favor, que se desprenden de los saldos que se efectúan después de cada anotación contable.

De tal manera que el contrato de cuenta bancario, implica una continuidad o relación perdurable en el tiempo entre la entidad financiera y el cliente, prestándole los servicios de caja y contabilidad, a través de la cual mediante ingresos y cargos se reflejan

los negocios jurídicos surgidos en dicha relación, bajo la norma de «operaciones»; frente a la mera relación bancaria de ventanilla y más infrecuente de caja, generalmente esporádica.

Por ello, dentro de esa continuada relación que implica el contrato de cuenta corriente bancario, resulta esencial como bien indica la sentencia recurrida el principio de la «buena fe», tanto en virtud del art. 1258 CC como fundamentalmente del art. 57 del Código de Comercio; pero entendida en su conceptuación objetiva, como «conducta esperable», atendidas precisamente las circunstancias, de la cualificación profesional de la entidad de crédito y de sus administradores y de la «relación de confianza» en que se sitúa el cliente frente a ella, de forma que aquélla soporta un deber de lealtad, información y prevención; estándar de conducta que debe ser integrado con las normas reglamentarias de desarrollo del art. 48-2, Ley 26/1988 (RCL 1988\1656 y RCL 1989, 1782), en cuanto conducta esperable de una entidad dedicada profesionalmente a esta actividad empresarial; de modo que su incumplimiento, podrá efectivamente, como alega la demanda rectora de este litigio, determinar la declaración judicial de incumplimiento del contrato y la obligación de indemnizar los daños y perjuicios efectivamente producidos. En este ámbito, conviene recordar la Circular del Banco de España, número 8/1990, de 7 de septiembre (RCL 1990\1944), a Entidades de Crédito, sobre Transparencia de las Operaciones y Protección de la Clientela (BOE 226/1990 de 20 de setiembre) que obliga documentar por escrito los contratos de apertura de cuenta corriente y entrega por este medio entre otros extremos de las normas de valoración, cuanto más de la posibilidad de la corrección del «quantum» del metálico entregado.

La buena fe exigida en el art. 57 CCom, no se limita a sancionar que en los contratos mercantiles se cumplan y ejecuten con la fidelidad y escrupulosidad que es precisa e inherente al ejercicio del comercio, sino también tiende a evitar que por medios más o menos hábiles queden los contratantes desligados del vínculo jurídico que aceptaron (STS 1 de abril de 1927).

Tercero.—Asimismo, característica esencial del contrato de cuenta corriente bancario es el carácter autónomo de los contratos a los que sirve de soporte; de modo que los ingresos realizados en metálico conservan las peculiaridades propias de un depósito irregular; y en este sentido nos recuerda la doctrina de la Sala Primera que la doctrina científica viene distinguiendo, entre los variados tipos de depósitos bancarios, aquel que comporta para el banco la obligación de devolver la suma depositada a petición del depositante y en el momento mismo en que éste lo exija, operación esta que ha venido en denominarse en la técnica mercantil y bancaria, «depósito en cuenta corriente», dado que las relaciones del banco con sus clientes se instrumentan y contabilizan como en autos en la forma expresada, dándose la circunstancia de que, cuando ese depósito es de cosas fungibles, se le autoriza para disponer del objeto del depósito, con obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, generando entonces la figura del depósito irregular caracterizado por el hecho de que el depositario adquiere, desde el momento de la constitución de aquél, la propiedad de las cosas depositadas, y, por eso, en esta clase de depósito de cuenta corriente, la concesión de crédito no es del banco hacia el cliente, como ocurre en la simple «cuenta de crédito», sino del cliente hacia el banco (SS. 4-12-1975 [RJ 1975\4361] y 11-3-1992 [RJ 1992\2170]).

Es decir, desde el momento mismo de la entrega del dinero, pasa en el caso de las operaciones discutidas de autos, a propiedad de la entidad bancaria que se obliga a devolver el «tantundem».

De manera que la determinación del «quantum», de cada operación, integra un elemento esencial del contrato, pues conforma el contenido fundamental del contenido de las prestaciones del depositario, sin que

pueda en forma alguna quedar al libre criterio y determinación unilateral del mismo (art. 1256 CC).

El mecanismo que describe la entidad bancaria demandada, para la cuantificación de las entregas de moneda fraccionaria, resulta inasumible dentro del estándar de comportamiento conforme a la buena fe, que le es exigible conforme al contenido del fundamento anterior; pero además es contrario a la normativa general de los contratos, porque permite y en la práctica así ha operado, que de manera unilateral, sin intervención del depositante, fije la cantidad de numerario que es entregada.

Intenta la demandada acogerse al hecho de que el recuento lo realiza una entidad tercera, cuya objetividad y fiducia trascienden cualquier interés que tuviera el banco; pero sin necesidad de contradecir tales cualidades de la entidad portadora del numerario, en absoluto resultan garantizadas las condiciones en que la entidad bancaria demandada realiza la entrega del dinero a la entidad encargada de la seguridad y transporte del dinero; pues en contra de las afirmaciones que se contienen en la contestación de la demanda, el propio apoderado de la entidad bancaria que realiza sus actividades profesionales en la sucursal donde las remesas de monedas se realizaron, afirma que «el dinero que se va a mandar a Prosegur, es contado por los empleados del banco, se introduce en sacas que se precintan, pero es entregada a Prosegur salvo buen fin...» (folio 73 de las actuaciones); sin que en dicho recuento, respecto de las operaciones litigiosas, resulte participación del depositario o su mandatario, ni tampoco intervención alguna en el precintado de las sacas que se entregan a Prosegur.

Cuarto.—E incidiendo en esta perspectiva, ninguna eficacia puede llevar la anómala cláusula «salvo buen fin», que se incorpora en los documentos de ingreso, correspondientes a tres de las siete partidas discutidas; las de fecha de 13 de enero de 1997, 28 de enero de 1997 y 24 de febrero de 1997.

Tal expresión vinculada al ámbito de los títulos valores e ínsita en el contrato de descuento, genera la obligación de restituir la suma que el banco descontante concede al descontatario a título de anticipo, si un tercero (deudor cartulario), ajeno a la relación contractual de descuento, no cumple con su obligación de pago.

Es decir, que difícilmente se acomoda a una operación de entrega de dinero en metálico que integra el abono o pago por excelencia; pero en cualquier caso, su naturaleza es de obligación condicional, conforme a la definición anterior y en pacífica conclusión doctrinal (aunque se diversifica su parecer en si es resolutoria o suspensiva); y especifica el CC, en su art. 1115 que cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula.

Tal como operaba la entidad bancaria, de ella dependía en exclusiva, el cumplimiento del «buen fin», en este caso del recuento; pues solamente ella contaba y posteriormente precintaba y entregaba las sacas a la entidad de seguridad que las transportaba; pero en el recuento y precinto nadie, ni el acreedor del préstamo que generaba el depositante de las monedas, ni entidad tercera, participaba en forma alguna, de manera que exclusivamente de su albedrío dependía la determinación o no de la acomodación del recuento a la cantidad indicada en la entrega.

Quinto.—Es cierto que la segunda fuente de derecho objetivo de los contratos bancarios es la costumbre, que lógicamente la integran los usos bancarios como usos del comercio específicos del sector (SSTS 24-4-1929, 29-1-1934 [RJ 1934\76] y 16-2-1965 [RJ 1965\614]); y aunque el Consejo Superior Bancario ha incumplido su obligación legal de recopilar tales usos (impuesto por Decreto de 16 de octubre de 1950 [RCL 1950\1316 y NDL 6721]), que tampoco fueron incluidos en la Recopilación general de usos y prácticas realizada en 1964 por el Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación;

aun así cuando se carezca como en autos de prueba sobre su existencia, aún puede el Juzgado o Tribunal, dar por probado el uso, como hecho notorio (así, STS de 27 de abril de 1945 [RJ 1945\685]).

Pero la práctica bancaria de diferir la cuantía del ingreso a resultas de un recuento posterior en el que no interviene el depositante, no puede en modo alguno integrar uso bancario, pues primeramente contradice los postulados de la buena fe, norma prevalente a tenor de lo preceptuado en el art. 2 CCom (SSTS 16 de enero de 1929 y 30 de junio de 1983 [RJ 1983\3699]) y además no resulta cierto, como es comprobable en las cotidianas vistas que de ordinario realizamos en cualquier sucursal, donde máquinas contadoras realizan tales operaciones a presencia del depositante para posteriormente configurar el resguardo del abono.

Sexto.—En definitiva, el recurso debe prosperar, aun cuando no en la cuantía íntegra solicitada en la demanda, sino exclusivamente en el monto que supone la aminoración realizada contablemente por la entidad bancaria, basándose en el ulterior recuento unilateralmente practicado (es decir, 3.126.075 pesetas que suman los recibos de los siete depósitos discutidos, menos 1.987.285 pesetas que suman las cantidades en que se contabilizaron los mismos).

Pues mientras la actora cuenta con justificantes de los ingresos reclamados, validados manual o electrónicamente por la cuantía que alega, documentos de naturaleza mercantil, en cuanto reflejan concretos actos de esta naturaleza: depósitos irregulares de cuenta corriente; por contra la entidad demandada bancaria no justifica que el monto entregado fuera menor que el reseñado (nadie ajeno intervenía en el inicial recuento y ulterior precinto de las sacas que posteriormente se entregaban a la entidad de seguridad encargada del transporte, quien a su vez realizaba un ulterior recuento, pero cuyo resultado nada nos indica al haberse quebrantado previamente la cadena de custodia, fácilmente soslayable a través de la fácil intervención del depositante en el precinto).

Sin que su actuación como hemos argumentado hasta aquí, pueda ampararse en la buena fe en cuanto comportamiento conforme a los postulados exigibles a la correcta actuación bancaria, ni a la asunción de esa práctica por el cliente, ni a la especialidad del pacto que se incorpora en alguno de los ingresos de «salvo buen fin»; ni en resultar uso bancario admitido y reconocido.

Tampoco el que se hayan enviado los resúmenes y los extractos acreditativos de esas operaciones al cliente y nada haya observado o protestado durante casi dos años, pueda enervar las anteriores conclusiones; pues consta mientras, la existencia de litigios entre ambas partes; que finalizados, tienen su continuidad, con diferente causa y posición procesal en el presente; de manera que no es predicable una conformidad tácita con la actuación de la entidad bancaria, constante las reclamaciones judiciales; con independencia de que conforme a los argumentos anteriores, la asunción del recuento unilateral integra pacto absolutamente ineficaz.

Séptimo.—Con posterioridad a las operaciones litigiosas, en desarrollo de la Directiva de 5 de abril de 1993 (LCEur 1993\1071) sobre armonización de normas sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (93/13/CEE; la propuesta fue publicada en DOCE C 243, de 28 de septiembre de 1990), se publica la Ley 7/1998 (RCL 1998\960), sobre Condiciones Generales de la Contratación, que aunque no sea de aplicación, conduciría a idénticos resultados; y no tanto porque entiende que una cláusula contractual será abusiva si causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, implica una ejecución del contrato indebidamente desfavorable para el consumidor, implica una ejecución del contrato significativamente diferente a aquella que el consumidor podía legítimamente esperar o es incompatible

con las exigencias de la «buena fe», en especial cuando se concede al profesional el derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato; ya que la cuenta corriente que sirve de soporte a las operaciones discutidas, parece atender a una actividad de tipo comercial que impide la calificación de su titular como consumidor; sino dentro del ámbito exclusivo de las condiciones generales (no necesariamente abusivas y de aplicación a relaciones entre profesionales) porque al por tratarse de la vinculación que une a las partes de indudable vocación adhesiva (la ley las define como las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, sin que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión), correspondería a la demandada la prueba de que el condicionamiento del ingreso realizado por el depositante al resultado unilateral del recuento, fue incorporado al contrato pactado y de la aceptación firmada por el cliente en el correspondiente ejemplar escrito; o en su defecto tales condiciones generales han estado ubicadas en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio (vid. arts. 5 y ss.); circunstancias que obviamente no se han producido, al menos no se han acreditado, ni siquiera alegado en autos.

Contenido normativo, que aunque no resulte vinculante al caso de autos, refuerza las conclusiones obtenidas previamente, por cuanto la Directiva, debe orientar en cualquier caso también a los tribunales españoles para interpretar la legislación española entonces vigente en la materia que regula (vid. asunto Marleasing).

Octavo.—En materia de costas, rige el art. 523 LECiv para la instancia y el 710 para la alzada, que en cuanto la estimación de la demanda y del recurso de apelación resultan parciales, conlleva que no exista condena en costas ni en primera ni en segunda instancia.

COMENTARIO

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. NORMAS APLICABLES A LOS CONTRATOS BANCARIOS.

1. Normas generales de protección de los consumidores.

2. Normas particulares para los contratos bancarios.

III. CLÁUSULAS ABUSIVAS.

IV. USOS BANCARIOS.

V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia, objeto de comentario, establece en sus considerandos importantes temas, que por su cotidianedad adquieren gran importancia en la práctica económica de las entidades bancarias; no obstante alguno de estos temas no van a ser comentados, tales como la naturaleza del contrato de cuenta corriente bancario, así como su autonomía de los contratos en los que ésta figura como soporte. Existe una amplia bibliografía (1) que se ha encargado pormenorizadamente de estos temas a la que nos remitimos, por ser generalizable la doctrina mantenida por los autores.

Los temas que nos interesa destacar son por un lado el cambio dado por la jurisprudencia española en la aplicación de normas particulares de la contratación bancaria, en especial las llevadas a cabo por el Banco de España, y sobre todo la influencia en la contratación de la Directiva 93/13/CEE de cláusulas abusivas, y las normas españolas de adaptación, art. 10 LCU y la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación.

La evolución jurisprudencial ha sido evidente, desde las primeras Sentencias del Tribunal Supremo (2), en las que se necesitaba todo un andamiaje jurídico para calificar a la actuación de las entidades de crédito como "actividad profesional" y en consecuencia aplicar el principio de "la buena fe" del Código Civil contenido en el art. 1258, más allá del exigible a "buen padre de familia", en la relación de las entidades bancarias con sus clientes. La promulgación de la LCU en 1984 no supuso su aplicación inmediata, los defectos jurídicos ampliamente expuestos (3) impidieron su utilización; no obstante estas peculiaridades, el art. 10 sirvió para abrir paso a una tímida jurisprudencia, especialmente en las

---

(1) Véase entre otros: EMBID IRUJO, E.: Cuenta corriente bancaria. El servicio de caja. La información. La responsabilidad en Derecho del Mercado Financiero. T. II, vol. 1, pp. 193 y ss. GARCÍA-PITA, J.L.: "Contrato de descuento y cuenta corriente bancaria", RDBB, núm. 13, 1984, p. 163 y "Las remesas en cuenta corriente y su dimensión probatoria", RDBB núm. 36, 1989, pp. 849 y ss. MOLL DE MIGUEL, *El contrato de cuenta corriente, una concepción unitaria de sus diferentes tipos,* Bilbao, 1972. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria", RDBB núm. 23, 1986, p. 633; SÁNCHEZ MIGUEL, M.C.: "El contrato de cuenta corriente bancaria como soporte de los contratos bancarios. Protección del cliente de las entidades de crédito". Cuadernos de Derecho Judicial, *Contratos bancarios y financieros,* CGPJ, Madrid, 1993, p. 71.

(2) Véase el Comentario realizado en esta RDBB, núm. 22, (1986) pp. 409 y ss. por SÁNCHEZ MIGUEL, M.C. a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1985 (Ponente Espín Canovas).

(3) Para un análisis completo de la norma véase Revista Estudios sobre Consumo, núm. 3, diciembre de 1984, en la que varios autores hacen un estudio de todos los artículos de dicha norma, coordinados por A. BERCOVITZ.

Audiencias Provinciales [4], que confirmó la especialización de los contratos bancarios, y la aplicación a los mismos de las normas de protección de los consumidores.

En esta evolución conviene destacar el papel jugado por el Banco de España, que una vez promulgada la L. 26/1988, de 28 de julio, de Disciplina e intervención de las entidades de crédito [5], adquirió la competencia para fijar normas de contratación de las entidades en su relación con los clientes, de forma que las Circulares del B.E. pasaron a adquirir carácter obligatorio en los contratos fijados en las pólizas de las condiciones generales, y de esta forma se fue incorporando el derecho comunitario al respecto, así como el derecho español.

Hay que destacar, además, que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España [6] ha supuesto un gran avance en el control de los contratos bancarios celebrados con consumidores, de forma que se resolvieron extrajudicialmente muchos conflictos entre las entidades y sus clientes, pero sobre todo cobra especial relevancia la recopilación de las buenas prácticas bancarias que se hace en las Memorias Anuales que edita dicho Servicio, teniendo en cuenta que no existe una recopilación de usos bancarios. Este tema lo trataremos con más profundidad en posteriores apartados de este comentario.

Se puede decir que el campo jurídico de los contratos bancarios ha evolucionado de una forma importante, y acorde con las necesidades requeridas para los operadores económicos que llevan a cabo su actividad en un sector ampliamente intervenido, y cada vez más internacional. Las normas europeas aplicables al sector financiero representan en el acerbo comunitario uno de los pilares más importantes del mercado interior, surtiendo efectos positivos para los clientes del mismo, en cuanto ordenan las relaciones entre estos con las entidades financieras, de forma que se reducen los conflictos por la utilización de contratos tipos, y se acercan las posiciones entre los derechos nacionales, teniendo en cuenta el carácter transfronterizo de este tipo de contratación.

---

(4) Los comentarios a sentencias de AA.PP. en la RDBB, núms. 34 y 37. Vid. DÍAZ RUIZ, E.: *"Jurisprudencia menor sobre juicios ejecutivos de pólizas bancarias",* y *"Reseña de Sentencias de Audiencias en juicios ejecutivos de pólizas bancarias"*.

(5) Véase SÁNCHEZ CALERO, F.: "Adaptación de la normativa de los establecimientos de crédito al ordenamiento de la CEE", RDBB núm. 23, 1986, p. 463.

(6) Vid. para un examen la primera etapa de este Servicio SÁNCHEZ MIGUEL, M.C.: "La Nueva regulación bancaria en materia de condiciones de crédito y defensa del cliente en el Derecho español", RDBB, núms. 22, 27 y 34 y posteriormente RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: "Contratación bancaria y protección de los consumidores. El defensor del cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco España", en *Instituciones del Mercado Financiero,* tomo II, vol. 1, pp. 61 y ss.

II. NORMAS APLICABLES A LOS CONTRATOS BANCARIOS

En el Segundo Fundamento de Derecho el Ponente de la Sentencia, Sr. Palomo, plantea: "la cuestión central del litigio, resulta en determinar cuáles son las fuentes que regulan el contrato que liga a las partes" para el juzgador, y una vez establecido el contenido del contrato de cuenta corriente bancaria, en los términos aceptados por la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina española [7], destaca la importancia de la "buena fe" en unas relaciones de continuidad en las que el cliente se ve sometido a la actividad bancaria, en muchos casos, basada en usos bancarios impuestos unilateralmente por la entidad.

Las normas aplicables enunciadas en este fundamento de derecho serían las contenidas en los artículos 1258 CC y 57 CCo, ambos relativos a la actuación de buena fe en la celebración de los contratos, civiles y mercantiles respectivamente, reforzados en lo que se refiere a la contratación bancaria por la L. 26/1988, que exige que esta actividad esté realizada desde una perspectiva de "profesionalidad" exigible a todas las entidades operantes en el sector [8].

Además considera aplicable la Circular del Banco de España núm. 8/1990 sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela [9], que obliga a la entrega por escrito al cliente del contrato de cuenta corriente, con todo el contenido del mismo, y muy especialmente a las normas de valoración.

En el Fundamento Jurídico Séptimo, el juzgador enuncia como norma posterior al litigio aquí planteado la L. 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación, que traspone la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, y que "aunque aquí no sea de aplicación conduciría a idénticos resultados".

De todo lo expuesto podría decirse que las normas de aplicación a los contratos bancarios serían de dos tipos:

- Normas generales de protección de los consumidores.
- Normas particulares para los contratos bancarios.

---

(7) Vid. GARCÍA-PITA, L., ob. cit., p. 163.

(8) Art. 48.2 L. 26/1988. Vid. para un análisis de este artículo: ARAGÓN REYES, M.: "Las fuentes, en particular los Estatutos de los bancos y Cajas de Ahorro y las Circulares del Banco de España", en *Instituciones del Mercado Financiero,* tomo II, vol. 1, pp. 65 y ss.; VICENT CHULIÁ, F.: "Generalidades sobre el sistema financiero español (Características, organización bancaria, fuentes del Derecho en la materia", en Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1993, pp. 9 y ss.

(9) RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., ob. cit., pp. 105 y ss.

1. Normas generales de protección de los consumidores

La LCU supuso no solo la primera norma consagrada a la protección de los consumidores [10], sino que por ser una disposición de desarrollo constitucional, art. 51 de la CE, imponía con carácter irrenunciable el cumplimiento de sus normas en los contratos y servicios celebrados en las condiciones previstas por la Ley, y muy especialmente el art. 10 que fijaba los requisitos que tienen que cumplir los contratos que contengan condiciones generales impuestas unilateralmente por el empresario.

La aplicación de la LCU no fue del todo pacífica, el apresuramiento en su promulgación generó imprecisiones jurídicas que dieran origen a una limitación en su aplicación, poco a poco corregida por la jurisprudencia, y sobre todo por la interpretación doctrinal [11]; a pesar de esto, y especialmente por el art. 10, se fue creando un contenido obligacional, protector con los derechos de los consumidores, que hizo obligatorio en los contratos celebrados mediante condiciones generales de la contratación el cumplimiento de los principios en él contenidos, buena fe, concreción, claridad y sencillez en la redacción y entrega por escrito del contrato.

La promulgación de la L. 7/1998, de condiciones generales de la contratación, tuvo dos finalidades, por un lado trasponer al derecho español la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas [12] y por otro adecuar las normas sobre condiciones generales de la contratación, que como ya se ha señalado eran objeto de una norma de complicada aplicación, el art. 10 LCU [13].

---

(10) Con anterioridad la Ley 50/1980 del Contrato de seguro predisponía en su articulado normas de protección del tomador del seguro, con carácter obligatorio, especialmente en los artículos 14 y siguientes que enuncian las obligaciones de las partes, sobre todo las referidas a los aspectos económicos con repercusión para el asegurado.

(11) Vid. VICENT CHULIÁ, F.: "Generalidades sobre el sistema financiero Español. (Características, organización bancaria, Fuentes del Derecho en la materia)", en Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1993. p. 9. ARAGÓN REYES, M.: "Las Fuentes. En particular los estatutos de los Bancos y Cajas de Ahorro y las Circulares del Banco de España", en *Instituciones del Mercado Financiero,* tomo II, vol. 1, p. 9.

(12) España junto con Grecia fueron los últimos países en trasponer la Directiva, ya que otros, como el Reino Unido, mantienen las disposiciones anteriores en vigor —Unfair Contract Terms Act de 1977— pero publicaron unas Unfair Terms in Consumer Contract Regulations en 1994, modificadas en 1999 (Statutory Instrument 1999, núm. 2083).

(13) Vid. BERCOVITZ, R.: *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas,* Lex Nova, 2000; DÍEZ-PICAZO, L.: *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas,* Civitas, 1995; PAGADOR LÓPEZ, J.: *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: La Ley de condiciones generales de la contratación de 1998,* Marcial Pons, 1999.

La valoración de la Ley no ha sido muy positiva por parte de la doctrina española [14], en todo caso hay que reconocer que la aprobación de la Directiva tampoco fue pacífica [15], costó casi tres años, y algunos Estados miembros se mostraron preocupados, al incidir de manera determinante en sus derechos nacionales [16]; de todas formas el carácter de norma mínima de esta permitió la adaptación a las normas nacionales, en el supuesto de existir. En España solo fue necesario modificar el art. 10 LCU, y se publicó la LCG de 1998, que completa el ciclo adaptativo de las cláusulas abusivas.

La LCU mantiene metodológicamente la estructura de la Directiva, de forma que supone un avance respecto a las normas generales de protección del consumidor, en cuanto que amplía su concepto, al señalar la inclusión de personas jurídicas, y sobre todo al permitir la protección de la norma sobre profesionales, actúen o no dentro del ámbito de su actividad. Al igual que en la Directiva, se excluyen de la aplicación de la norma los contratos administrativos, los de trabajo, de constitución de sociedades, y los que regulan relaciones familiares y sucesorias.

Respecto al listado de cláusulas abusivas, que contenía el anexo, se han seguido dos sistemas, el artículo 7 LCG recoge cláusulas que se consideran no incorporadas al contrato, tales como las que no cumplen el principio de transparencia, por ser ambiguas, oscuras, etc., o las que no figuraban incorporadas al contrato en el momento de la firma. Y en el artículo 8 LCG, las cláusulas nulas de pleno derecho, que corresponderían a la llamada lista negra, y que forman parte del artículo 10 y de la disposición adicional primera LCU.

Conviene destacar la importancia que tiene para la protección de los consumidores la regulación de la acción de cesación que se incorpora en el artículo 12 LCG, que permite eliminar de los contratos tipos las cláusulas

---

(14) Vid. ALFARO, J.: "El Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación: tecnica legislativa, burocracia e intereses corporativas en el derecho Privado". RDBB, núm. 67, 1997, pp. 857 y ss.

(15) El Parlamento Europeo fue muy crítico con la Propuesta de la Comisión, y aunque se aprobó por mayoría, frente a la unanimidad del Consejo, se resaltó en el Informe, conforme a lo previsto en el artículo 9, que se realizara un informe por la Comisión para valorar el grado de aplicación y los resultados para los consumidores. El informe se presentó por la Comisión el 27 de abril de 2000 [COM (2000) 248 final].

(16) En varios Estados Miembros existían Leyes de condiciones generales mucho más amplias, y con gran tradición en su utilización (AGB-Gesetz alemana de 1976) y sobre todo había filosofías divergentes en el tratamiento jurídico de la protección de los consumidores (UCTA del Reino Unido de 1977, todavía en vigor).

abusivas, de forma que afecten a todos los contratos tanto celebrados como por celebrar [17].

2. Normas particulares para los contratos bancarios

En 1981, se publica en el BOE una Circular del Banco España [18] sobre la liberalización de tipos de interés, dividendos bancarios y financiación a largo plazo; hoy día son numerosas las publicadas, pero han tenido que producirse amplios cambios legislativos para llegar a una posición, si no unánime, sí mayoritaria para aceptar la obligatoriedad de su cumplimiento por parte de las entidades de crédito a las que van dirigidas, en la realización de las operaciones con sus clientes.

De forma resumida se pueden seguir las etapas a las que se ha sometido la valoración de las Circulares:

Primera etapa: correspondiente a la aplicación de la Ley de Ordenación Bancaria, así como al DL 8/1962, de 7 de abril, de bases de ordenación del crédito y la banca; en ella se publican las primeras Circulares llamémoslas monetaristas que imponían a la banca privada unas obligaciones con relación a la remuneración y tipos de interés.

La doctrina, especialmente la administrativista [19], abre un debate sobre la habilitación legal o no del Banco España para dictar directamente o por delegación normas imperativas para las relaciones de los bancos con sus clientes. Las posiciones fueron contrapuestas, por un lado se negaba esta facultad, sobre la base de que la delegación que hacían las Órdenes Ministeriales del Ministerio de Hacienda no legitimaba al B.E. a ejercer una función normativa, ya que el poder de éste era irrenunciable, y el B.E. un organismo autónomo, sin que existiera, en ese momento, una previsión legal para el ejercicio de esa potestad.

---

(17) En el Derecho Español ya está regulada esta acción de cesación en la Ley de Marcas, arts. 35 a 40; en la Ley de Patentes, arts. 123 a 128, y en los arts. 25 a 33 de la Ley de Publicidad.

(18) Para una visión de conjunto de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre las Circulares del B.E. vid. SÁNCHEZ MIGUEL, M.C.: "Cuenta corriente bancaria: cumplimiento de las Circulares del Banco de España (Comentario a la Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13, de 27 de enero de 1998)", RDBB, núm. 72 (1998) pp. 1173 y ss.

(19) Vid. PARADA VÁZQUEZ, J.R.: "Valor jurídico de las Circulares", RDBB, núm. 2, pp. 311 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: "Los poderes normativos del Banco de España", RDBB, núm. 13, pp. 7 y ss.

La promulgación del DL del 62, dio paso [20] a que una de las objeciones que se hacían para la delegación, la falta de previsión legal, se eliminara, al preverse expresamente esta delegación, si bien de forma clara referida a medidas de política monetaria.

El Tribunal Supremo [21] en una Sentencia que ponía fin a la intervención y liquidación de una entidad bancaria, la única de toda la crisis que llegó a esa solución jurídica, se adhirió a la posición de la validez normativa de las Circulares del B.E. y su obligatorio cumplimiento por las entidades inscritas en el Registro de Bancos y banqueros, de forma que su potestad se deriva, por un lado, de la autorización que deriva de la inscripción, y de la obligatoriedad de cumplir el contenido de las Circulares.

Segunda etapa: La promulgación de la Ley 26/1988 supuso la armonización del derecho español en materia bancaria a las disposiciones de la CEE, creando un marco común de supervisión de las entidades de crédito, a la vez que se enunciaba el ámbito subjetivo de su aplicación. También hay que destacar que esta Ley concentra en el B.E. los poderes de registro, control e inspección de todas las entidades de crédito, habilitando a tal efecto una facultad reglamentaria.

El art. 48 y la Disposición Adicional Octava de la Ley núm. 26/1988 establecen la base jurídica de legitimación al B.E. para reglamentar, a través de Circulares, las relaciones de las entidades de crédito; no obstante la referencia a dos tipos de Circulares, las monetaristas y las que afectan a las relaciones de los bancos con sus clientes, han dado lugar a posiciones doctrinales contrapuestas.

De manera resumida podría distinguirse las siguientes posiciones doctrinales. Admisión de la facultad del B.E. para dictar Circulares, siempre que queden dentro de las competencias establecidas en la Ley [22]; considerarlas "como normas reglamentarias de segundo grado" [23]; o "incompetencia del B.E. para dictar normas reguladoras de la contratación bancaria" [24]. A estas posiciones se añaden otras más eclécticas [25], que sin negar su obligatoriedad critican la falta

---

(20) Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: ob. cit., pp. 11 y ss.

(21) Sentencia T.S. Sala 3.ª de 18 de febrero de 1985, comentada por: SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., RDBB, núm. 22, 1986, pp. 409 y ss.

(22) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: "Comentario al artículo 48 de la Ley de Intervención y Disciplina de las entidades de crédito", FIES, Madrid, 1989, pp. 151 y ss.

(23) VICENT CHULIÁ, F.: ob. cit., pp. 36 y ss.

(24) ARAGÓN REYES, M.: ob. cit., pp. 30 y ss.

(25) RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: ob. cit., pp. 122 y ss.

de claridad legislativa en el establecimiento de las normas de competencia del B.E.

Por su parte el Tribunal Constitucional [26] ha mantenido una amplia doctrina sobre la constitucionalidad de la potestad reglamentaria del B.E., estableciendo que:

• según se desprende de la legislación aplicable al B.E., este forma parte de la Administración del Estado, siendo su principal función la dirección de la política monetaria, además de sus funciones inspectoras de las entidades de crédito, para lo cual está dotado de potestades reglamentarias y sancionadoras;

• no hay ninguna norma constitucional que impida la desconcentración de las potestades contenidas en las leyes, y específicamente las que se confieren al B.E.;

• el B.E., por su alta especialización, requiere que adquiera potestades que corresponden a otras autoridades del Estado, siempre que estas se deleguen expresamente mediante Ley.

Tercera etapa: es a partir de la Ley 13/1995 de Autonomía del Banco de España, completada con el Reglamento interno el 14 de noviembre de 1996, cuando muchas de las críticas que se habían hecho pueden considerarse resueltas, ya que en los artículos 3 a 5 de dicha ley se establecen las competencias y los procedimientos para la elaboración de Circulares monetarias y Circulares, referidas estas ultimas al "resto de competencias".

La referencia a estos dos tipos de Circulares no se debe a una diferenciación semántica, hace referencia a la delegación por una disposición legal, de forma exclusiva, de las Circulares monetarias, con un procedimiento propio y no sometido a normas procedimentales de carácter administrativo, mientras que las Circulares con un contenido normativo variable, según sea la disposición que le remita dicho poder reglamentario, requieren, en este caso, la consulta de los interesados.

III. CLÁUSULAS ABUSIVAS

En el Fundamento de Derecho Tercero manifiesta el juzgador "El mecanismo que describe la entidad bancaria demandada, para la cuantificación de

---

[26] Sentencias 135/199, de 5 de octubre; 178/1992, de 16 de noviembre; 87/1993, de 11 de marzo.

las entregas de moneda fraccionaria, resulta inasumible dentro del standard de comportamiento **conforme a la buena fe,** que le es exigible conforme al fundamento anterior; pero además es contrario a la normativa general de los contratos, porque permite, y la práctica así ha operado, que **de manera unilateral,** sin intervención del depositante, fije la cantidad del numerario que le es entregada".

El principio de buena fe junto con el de transparencia son los conceptos fundamentales de negociación contractual; en todo caso conviene resaltar que el principio de buena fe no es unívoco, hay diferentes tradiciones jurídicas que han impedido una verdadera armonización de los derechos nacionales de la referida D. 93/13/CEE [27], que se han puesto de manifiesto a la hora de transponer la norma comunitaria. No obstante como criterio general para fijar el concepto de cláusula abusiva sigue siendo válido, en el Derecho Español —tanto en el art. 10 LCU como en el art. 5 LCG—, este principio de buena fe. Ahora bien, una vez admitidas las diferencias en la conceptualización del contenido de la buena fe, hay que destacar que donde no existe disparidad es en los efectos de desequilibrio contractual que produce en la contratación la inclusión de cláusulas abusivas [28].

Este desequilibrio contractual debe producir un perjuicio injustificado en el consumidor, lo que significa "per se" que se da un criterio objetivo de valoración del incumplimiento del principio de la buena fe [29]. Esta valoración se ha de hacer frente a las contraprestaciones que forman el contenido principal del contrato, de forma que el carácter abusivo de las cláusulas produzca un desequilibrio entre los derechos y obligaciones contractuales, teniendo en cuenta que este afecte de manera importante al consumidor.

La importancia de la buena fe, en la valoración del perjuicio, se pone de manifiesto en la graduación que se hace de la lesión, aunque hoy día comience a abrirse paso la teoría de la **violencia económica** ejercida sobre los consumidores en los contratos con condiciones generales, sin necesidad de que se produz-

---

(27) Para una visión de cuál ha sido el resultado de la transposición de esta Directiva, vid. el Informe de la Comisión citado, en especial las páginas 13 y ss., así como el Dictamen del Comité Económico y Social sobre ese Informe (CES 1424/2000, de 20 y 30 de noviembre de 2000).

(28) Vid. BUESO GUILLÉN, J.: "Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores", RDBB núm. 59 (1995), pp. 665 y ss.; PAGADOR LÓPEZ, J.: *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas,* Marcial Pons, 1998, pp. 59 y ss.

(29) Vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: ob. cit., p. 139.

ca lesión [30] y que equivale a la nulidad de las cláusulas por desproporción económica en las contraprestaciones.

Los criterios para fijar una cláusula como abusiva son de dos tipos:

- Criterio general.
- Lista de cláusulas abusivas.

El criterio general se basa en el cumplimiento en la elaboración de las condiciones generales de los contratos, de los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones entre las partes, de forma que impida introducir cláusulas abusivas en detrimento de los consumidores, por los profesionales que redactan unilateral y anticipadamente los contratos tipos, con independencia de que sean ellos los que materialmente las realicen, de forma que asumen la responsabilidad del cumplimiento de las normas previstas tanto de carácter general, C. C. y C. Com., como de las particulares para el sector de la actividad que desarrollen en el mercado, y muy especialmente las de protección de los consumidores, LCU, y la aplicable a los contratos, LCG.

El segundo criterio, la realización de una **lista de las cláusulas consideradas como abusivas;** aunque la diversidad en la transposición del anexo de la D. 93/13/CEE no puede suponer automáticamente considerarlas como tal en los contratos, es cierto que en la mayoría de los derechos nacionales de los países europeos son consideradas como tales a todas las que forman parte de la lista [31].

La convivencia de dos tipos de listas con cláusulas contractuales prohibidas (listas negras) con cláusulas relativamente prohibidas (listas grises) plantea problemas a la hora de declarar la nulidad de estas, de ahí que los Tribunales de Justicia tengan que intervenir para declarar la nulidad o no de dichas cláusu-

---

(30) La Jurisprudencia Francesa está aplicando como cláusula abusiva la llamada violencia económica; vid. LISEAU, G.: "Violence economique". Comentario a la sentencia de la Court de Cassation 1.ª civil de 30 mai 2000. En Semaine Juridique, núm. 4. 24 de enero de 2001, pp. 195 y ss.

(31) El resultado es variado; así, Alemania, Bélgica, Grecia, España, Luxemburgo y Austria tienen listas que son consideradas siempre abusivas (listas negras), mientras que en Dinamarca, Italia, Holanda y Portugal se establecen unas veces listas negras y otras llamadas grises; solo una minoría de países, Francia, Irlanda y Reino unido, las fijaron con carácter indicativo, tal y como se hacía en la D. 93/13/CEE.

las [32], este sería motivo suficiente para que se determinara de forma clara si una cláusula contenida en una lista deberá poder ser declarada nula. En una valoración para una futura revisión de la Directiva [33] se considera necesario que las listas se realicen para los sectores económicos que con más frecuencia acuden a este tipo de contratos, ejemplo, sector financiero, tanto las entidades de crédito como las compañías aseguradoras utilizan generalizadamente contratos tipos en sector servicios, viajes, etc.

Hoy día, entre los sectores más problemáticos [34] están los servicios de interés general y los servicios financieros, estos últimos como ya se ha indicado tienen normas propias para el contenido de los contratos de más frecuente realización con los clientes, pero a pesar de ello siguen siendo uno de los sectores con mayor conflictividad judicial, todo ello a pesar de que se hayan aumentado los sistemas de resolución de los conflictos extrajudiciales, tales como los ombudsman o árbitros de las propias entidades, o incluso por las reclamaciones efectuadas, al menos en nuestro país, ante el defensor del cliente del Banco de España.

Nos parece sumamente interesante que el criterio de desequilibrio contractual se vaya orientando hacia la violencia económica en la imposición de cláusulas en los contratos, ya que el carácter abusivo correspondería por el propio contenido del mismo, casi siempre basado en la imposición unilateral de condiciones gravosas desde el punto de vista económico al consumidor. De esta forma serían declaradas nulas todas aquellas cláusulas contractuales que contuvieran los criterios que determinan el abuso de la posición del empresario, o la desigualdad de fuerzas económicas, así como unas ventajas excesivas reconocidas para la parte que las impone.

La violencia económica se puede manifestar de forma endógena o exógena [35], la primera se ejerce directamente por una parte del contrato sobre la otra, por la relación de fuerzas, favorable a la que la ejerce, que le permite imponer condiciones contractuales excesivamente desventajosas, mientras que la segunda forma hace referencia a circunstancias externas que alteran la libertad con-

---

(32) El Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha intervenido en relación del valor de las listas que contienen cláusulas abusivas; la Sentencia de 19 de septiembre de 1996, asunto C-236/95 Comisión/Grecia, se pronunció por la importancia que debe darse a la seguridad jurídica de los ciudadanos en el conocimiento de sus derechos, al no poder saber con certeza si una cláusula contenida en una ley va a ser o no declarada nula, exigiendo la claridad en el valor de éstas.

(33) Dictamen del CES, citado, p. 10.

(34) Vid. Informe de la Comisión citado, p. 29.

(35) Vid. LOISEAU, G., ob. cit., pp. 197 y ss.

tractual, siendo aprovechada por una de las partes para imponer condiciones desventajosas a la otra. En el último supuesto hay que considerar la intencionalidad de la violencia económica por parte del que la ejerce, de forma que se produzca un abuso en la inclusión de las cláusulas contractuales.

La violencia económica podría constituir un sistema para generalizar la represión de las cláusulas abusivas, con independencia de cual sea el origen del que las imponga.

Por lo que respecta al carácter de imposición unilateral de las cláusulas, uno de los elementos de estos contratos tipos, puede plantear problemas, como se reconoce en el Fundamento de Derecho Cuarto, cuando se imponen cláusulas que ni siquiera corresponden a la naturaleza del contrato en cuestión; este sería el caso de la cláusula "salvo buen fin" que como se indica "tal expresión vinculada al ámbito de los títulos valores e ínsita en el contrato de descuento, genera la obligación de restituir la suma que el banco descontante concede al descontatario a título de anticipo, si un tercero (deudor cartulario), ajeno a la relación contractual de descuento, no cumple con su obligación de pago".

Se añade a continuación en la doctrina de la sentencia: "Es decir, que difícilmente se acomoda una operación de entrega de dinero en metálico que integra el abono o pago por excelencia; pero en cualquier caso, su naturaleza es de obligación condicional, conforme a la definición anterior y en pacífica conclusión doctrinal (aunque se diversifica su carácter en si es resolutoria o suspensiva): y especifica el CC, en su art. 1115, que cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación será nula".

Ni siquiera tendría efectos distintos si la cláusula salvo buen fin hubiese sido objeto de negociación individual entre las partes, que aunque esté excluida de la aplicación de la norma de las cláusulas abusivas, plantearía serias dudas en cuanto a que realmente los términos de la negociación son cumplidos, ya que no consta la negociación entre el banco y su cliente, debiendo más bien haberse tenido en consideración la expresa aceptación de esta cláusula por parte del consumidor [36].

---

[36] Las cláusulas negociadas individualmente quedan excluidas de la D. 93/132/CEE, no obstante varios países en su transposición no las excluyeron (Dinamarca, Francia, Finlandia, etc.). Pero es que en los países en los que sí se hizo no ha tenido importancia práctica dado el sistema de contratación en masa, para las relaciones con los consumidores. La Comisión en el Informe de 27 de abril de 2000, pp. 14 y ss., señala que tiene conocimiento de la existencia de prácticas de empresa que a través de la inclusión de cláusulas negociadas individualmente en los contratos tipos, pretenden burlar la aplicación de las normas contra las cláusulas abusivas. Estas prácticas, que son jurídicamente ineficaces, suelen confundir a los consumidores en sus derechos.

IV. USOS BANCARIOS

Es bien conocido que en la contratación mercantil es fuente de derecho el uso o costumbre mercantil; de hecho, dada la falta de regulación positiva en la mayoría de los contratos mercantiles, ha sido esta la fuente más utilizada para los mismos. No obstante conviene distinguir, tal y como se hace en el Quinto Fundamento de la sentencia comentada, que: "Es cierto que la segunda fuente del derecho objetivo de los contratos bancarios es la costumbre, que lógicamente la integran los usos bancarios como usos de comercio específicos del sector (TSSS de 24 de abril de 1929, 29 de enero de 1934 y 16 de febrero de 1965), y aunque el Consejo Superior bancario ha incumplido su obligación legal de recopilar tales usos (impuesto por D. 16 de octubre de 1950) que tampoco fueron incluidos en la Recopilación general de usos y prácticas realizada en 1964 por el Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación; aun así, cuando se carezca como en autos prueba sobre su existencia, aún puede el Juzgado o Tribunal, dar por probado el uso, como hecho notorio (así, TSS de 27 de abril de 1945)".

Es claro que esta es la postura no solo jurisprudencial, sino la comúnmente aceptada por la doctrina española [37]; no obstante el cumplimiento de los requisitos para que una práctica, en este caso bancaria, pueda considerarse como uso mercantil, tienen que cumplirse; supuesto que en el hecho planteado por la entidad bancaria, aplicación de la cláusula salvo buen fin, para validar en un recuento posterior las entregas en dinero fraccionario, no se hacía. Así el juzgador establece: "Pero la práctica bancaria de diferir la cuantía del ingreso a resultas de un recuento posterior en el que no interviene el depositante, no puede en modo alguno integrar un uso bancario, pues primeramente contradice los postulados de la buena fe, norma prevalente a tenor de lo preceptuado en el art. 2 C Com (TSS de 16 de enero de 1929, y 30 de junio de 1983) y además no resulta cierto, como es comprobable en las cotidianas vistas que de ordinario realizamos en cualquier sucursal, donde las máquinas contadoras realizan tales operaciones en presencia del depositante para posteriormente configurar el resguardo del abono".

Hay dos cuestiones que tendrían que plantearse respecto a los usos o costumbres bancarias, ya que si bien es cierta la inexistencia de recopilaciones de estos, tal y como se señala por el juzgador, también existen otros sistemas de recogida de las prácticas bancarias, más acordes con las normas dispositivas que regulan el sector financiero, no solo en nuestro país, sino dentro de la Unión Europea.

---

(37) Vid. VICENT CHULIÁ, F., ob. cit., p. 45.

La primera de estas cuestiones sería el valor que hay que dar a la recopilación que el Banco España, a través del Servicio de Reclamaciones de los clientes bancarios, hace de las llamadas **buenas prácticas bancarias** (38)**,** que figuran en los Informes anuales que dicho organismo realiza, y que recogen supuestos reiterados de prácticas bancarias consideradas dentro de las premisas no solo de los principios generales de derecho, sino también acordes con las Circulares del Banco de España dictadas para los contratos bancarios celebrados con consumidores.

Y en segundo lugar, dentro del derecho comunitario, la Comisión, una vez aprobada la D. 93/13/CEE, puso en marcha el proyecto CLAB (cláusulas abusivas) que es una base de datos que reúne las jurisprudencias nacionales (39) en materia de aplicación de las leyes nacionales de transposición. La importancia de esta base de datos es grande, de hecho incluye no solo "stricto sensu" la jurisprudencia, sino también las decisiones de órganos administrativos, los acuerdos voluntarios en sectores determinados, y sobre todo los resultados de las resoluciones extrajudiciales de conflictos y los laudos arbitrales (40).

Respecto a las cláusulas abusivas en el sector financiero, se ha registrado un elevado número de ellas (1.200 cláusulas abusivas registradas) que aparecen referidas en su mayoría a los contratos relacionados con la apertura de cuentas bancarias (41); solo hay un sector económico por delante de él, el sector de bienes inmuebles (1.336 cláusulas abusivas), lo que dice la importancia del incumplimiento por las entidades financieras de las normas sobre protección de sus clientes.

La importancia de la CLAB es destacable, no solo para los profesionales que se dedican a la defensa del cumplimiento de las normas, sino que debería

---

(38) Vid. SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., ob. cit., p. 78.

(39) En el Informe de la Comisión citado, p. 34, se menciona el hecho de que en la CLAB ya figure jurisprudencia española, a pesar de la tardía transposición de la Directiva, especialmente los primeros casos de aplicación de la acción de cesación como medio de contratos de las cláusulas abusivas.

(40) A finales de marzo de 2000 había en la base de datos 7.649 casos registrados, que según se desprende del anexo III del Informe de la Comisión, corresponden el 28% a obligaciones impuestas por los profesionales al consumidor, mayoritariamente referidos a exclusiones o limitaciones de responsabilidad; el 13% hacen referencia a la presentación de las condiciones generales, es decir a la falta de claridad y comprensibilidad; un 9% se refieren al precio y su pago, etc.

(41) En el anexo III del Informe de la Comisión hay dos gráficos, el 12 A y el 12 B, que recogen respectivamente los tipos de cláusulas abusivas que se dan en este sector, y las cláusulas abusivas por tipo de servicio financiero; en este último el 28% corresponden a las cuentas bancarias, el 9% a tarjetas de crédito, el 2% a inversiones, etc.

ser tenida en cuenta por las propias entidades financieras a la hora de elaborar sus condiciones generales, ya que en muchos casos, su carácter transfronterizo hace que deba cumplirse las normas comunitarias frente a las nacionales.

V. CONCLUSIONES

La promulgación de la LCG en nuestro país no ha cumplido las expectativas que muchos pensábamos podían llevarse a cabo mediante la armonización del derecho europeo regulador de las cláusulas abusivas, teniendo en cuenta que la norma general aplicable a los contratos tipo, art. 10 LCU, no cubría las necesidades de los sectores más conflictivos del mercado, entre los que se encuentra el sector financiero.

Es cierto que el tiempo transcurrido desde la publicación de la D. 93/13/CEE ha demostrado que tampoco era una norma que sirviera para armonizar los derechos nacionales, que como ya hemos señalado, seguían tradiciones jurídicas diferentes para conceptos básicos en esta materia como es el de "buena fe". La Propuesta de la Comisión en el Informe citado es la de revisar la Directiva sobre parámetros más actuales, y teniendo en cuenta la jurisprudencia, tanto nacional como del Tribunal de Justicia Europeo, que se ha producido como consecuencia de la conflictividad en su aplicación.

Por otro lado, tampoco la doctrina se ha pronunciado de manera uniforme sobre las fuentes aplicables a los contratos bancarios, tema que aquí nos ocupa, sobre todo en relación a las Circulares del B.E., que tienen una función principal, la de garantizar los derechos de los clientes frente a las cláusulas abusivas, a través de la imposición de contenidos obligacionales de los contratos tipos bancarios. No obstante la jurisprudencia ha abierto una importante doctrina, cual es la de la obligatoriedad de las Circulares, como medio de garantizar la seguridad jurídica de los contratos bancarios.

Cierto es que no se excluye la posibilidad de que el control ejercido por el B.E. pueda servir para la supervisión de estos contratos tipos, tal y como se exige por las Circulares, pero es cierto que la mayoría de las cláusulas denunciadas se "negocian individualmente" y que salvo posiciones legislativas favorables, estas quedan fuera del ámbito de aplicación de las normas de condiciones generales, siendo una traba para la nulidad de las mismas con efectos frente a todos los contratos que las incorporen.

La futura modificación de la Directiva Comunitaria podría servir, no solo para corregir los errores que se pusieron de manifiesto a lo largo de su aplicación, y de esta forma armonizar los derechos nacionales, a fin de que la seguridad en el mercado interior europeo sea efectiva, teniendo en cuenta la transfronteralidad de las operaciones financieras.

Mientras tanto, nos parece que la aceptación por parte de la justicia española de la obligatoriedad de las normas, tanto generales como particulares, podrá ir creando una práctica que debería tenerse en cuenta para futuras modificaciones legislativas.

Noticias

1. La reforma del Régimen de los Planes y Fondos de Pensiones por la Ley 24/2001, de Acompañamiento a la de Presupuestos Generales del Estado para 2002

1. La regulación legal de los Planes y Fondos de Pensiones se contiene en la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, que ha sido desarrollada por el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre, y por otras normas reglamentarias de inferior rango. Tanto la Ley como el Reglamento han sido objeto de modificaciones sucesivas que han alterado notablemente su contenido (ver nuestro manual sobre *Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones,* Barcelona, 2001, p. 208 y ss.). En particular, desde el año 1997, es costumbre que las sucesivas Leyes de acompañamiento a las de Presupuestos Generales del Estado introduzcan modificaciones en la Ley 8/1987 o alteren otros aspectos del régimen de los Planes y Fondos de Pensiones. Así ha sucedido con las Leyes de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social n.º 66/1997 (ver nuestra noticia en esta RDBB 69, 1998, p. 285 y ss.), 50/1998 y 14/2000 (ver nuestra noticia en esta RDBB 81, 2001, p. 206 y ss.).

2. Siguiendo esta tradición, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE n.º 313 del lunes 31 de diciembre de 2001) ha introducido una profunda reforma en el régimen legal de los Planes y Fondos de Pensiones tanto en sus aspectos sustantivos, mediante las modificaciones que su art. 32 ha introducido en la Ley 8/1987; como en sus aspectos fiscales, a través de las reformas que sus arts. 1.6 y 2.6 han operado, respectivamente, en la Ley 40/1998, del IRPF y en la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades.

3. La extensión y profundidad de las modificaciones sustantivas que el art. 32 de la Ley 24/2001 introduce en la Ley 8/1987 lleva a prever, en el apartado n.º 18 de aquel artículo, una delegación legislativa en el Gobierno para que, en un plazo de doce meses, "elabore y apruebe un Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones en el que se integren, debidamente regularizadas, aclaradas y sistematizadas" la Ley 8/1987, determinadas previsiones de la Ley 40/1998 y, en general, las disposiciones sobre aquellos Planes y Fondos contenidas en cualquier Ley. Se trata de una solución, amparada en el art. 82 de la Constitución, que trata de evitar que la motorización legislativa desemboque en una regulación caótica.

4. La adaptación de los Planes y Fondos de Pensiones preexistentes a las modificaciones que introduce la Ley 24/2001 en la Ley 8/1987 deberá

realizarse en los plazos previstos en la Disposición Transitoria 8.ª de aquella Ley que establece uno general de doce meses desde su entrada en vigor para la adaptación formal de las especificaciones de los Planes de Pensiones y de las normas de funcionamiento de los Fondos de Pensiones y para la designación del defensor del partícipe en los Planes de Pensiones del sistema individual; un plazo de un año para la información trimestral a los partícipes y beneficiarios de los Planes de Pensiones; y un plazo de tres años para adaptar la composición y condiciones de representación de las comisiones de control de los Planes de Pensiones del sistema de empleo.

5. Las modificaciones que afectan a los Planes de Pensiones inciden en los siguientes aspectos:

a) En las modalidades de Planes de Pensiones, modificando el art. 32.2 de la Ley 24/2001 el art. 4 de la Ley 8/1987, para introducir una tercera posibilidad de Planes de Empleo promovidos conjuntamente por varias empresas o entidades. Así, junto a los Planes de promoción conjunta por empresas de un mismo grupo y por pequeñas y medianas empresas, se añaden los Planes promovidos "por varias empresas que tengan asumidos compromisos por pensiones en virtud de un acuerdo de negociación colectiva de ámbito superior al de empresa".

b) En los elementos personales de los Planes de Pensiones, modificando el art. 32.5 de la Ley 24/2001 el art. 7 de la Ley 8/1987, para reordenar la composición y las funciones de sus comisiones de control y reservar su existencia a los planes del sistema de empleo y asociado; eliminando su constitución en los Planes del sistema individual, en los que será la entidad financiera promotora quien asuma las funciones y responsabilidades que la normativa atribuye a la citada comisión; debiendo aquella promotora designar un defensor del partícipe.

c) En los elementos formales de los Planes de Pensiones, modificando el art. 32.4 de la Ley 24/2001 el art. 6 de la Ley 8/1987, en lo relativo a las especificaciones y a la modificación de las mismas en los distintos tipos de Planes.

d) En el contenido de los Planes de Pensiones, modificando el art. 32.1 de la Ley 24/2001 el art. 3 de la Ley 8/1987, para incrementar las aportaciones anuales máximas a los Planes de Pensiones que se sitúan en 7.212,15 euros; cifra que se podrá incrementar, a partir de los 52 años, en 1.202,02 euros anuales hasta alcanzar la cifra máxima de 22.838,46 euros para partícipes de 65 años o más. Igualmente destaca que los límites de las aportaciones anuales y de las contribuciones

empresariales se aplicarán de forma independiente e individual para cada partícipe de la unidad familiar.

e) También destacan, respecto del contenido de los Planes de Pensiones, las modificaciones que los apartados 3 y 6 del art. 32 de la Ley 24/2001 introducen en los arts. 5 y 8 de la Ley 8/1987 en lo relativo, respectivamente, al principio básico de no discriminación en aquellos Planes y a las contingencias, derechos consolidados y prestaciones previstas en los mismos. En este sentido, destaca también la adición de un nuevo apartado 4 en el art. 10 de la Ley 8/1987 para establecer un principio de homogeneidad en la integración de los Planes del sistema de empleo en Fondos de Pensiones cuyo ámbito de actuación se limite al desarrollo de Planes de aquel sistema.

f) En la evolución de los Planes de Pensiones, modificando el art. 32, en sus núms. 7 y 3, de la Ley 24/2001 los arts. 9 y 5, respectivamente, de la Ley 8/1987, para reformar el proceso de aprobación y revisión de los Planes, introduciendo un tratamiento específico para los del sistema de empleo frente a los del sistema individual y asociado; y para modificar ciertas causas de terminación y liquidación de aquellos Planes.

g) Por último, se contempla expresamente la posible contratación de Planes de Pensiones por vía electrónica, habilitando al Ministro de Economía para que establezca las especialidades normativas pertinentes, modificando a tal efecto el art. 32.15 de la Ley 24/2001 el art. 26.3 de la Ley 8/1987.

6. Las modificaciones que afectan a los Fondos de Pensiones inciden en los siguientes aspectos:

a) En los elementos personales de los Fondos de Pensiones, modificando el art. 32.9 de la Ley 24/2001 el art. 14 de la Ley 8/1987, para reformar la composición y el funcionamiento de las comisiones de control, cuya constitución no será necesaria cuando el Fondo integre uno o varios Planes del sistema individual promovidos por la misma entidad, a la que corresponderán las funciones y responsabilidades asignadas por la normativa vigente a la comisión de control.

b) Asimismo afectan a los elementos personales de los Fondos de Pensiones las modificaciones del art. 32.12 de la Ley 24/2001 en el art. 20 de la Ley 8/1987, para aplicar a los socios, consejeros y directores generales o asimilados de las Entidades Gestoras los

criterios y el régimen de incompatibilidades y limitaciones establecidos en los arts. 14 y 15 de la LOSSP de 1995 y para remitir al desarrollo reglamentario las condiciones en las que aquellas Entidades Gestoras podrán contratar la gestión de las inversiones de los Fondos con terceras entidades autorizadas conforme a las Directivas 93/22/CEE (empresas de inversión), 92/96/CEE (entidades aseguradoras del ramo de vida) y 2000/12/CE (entidades de crédito), así como, con otras Entidades Gestoras de Fondos de Pensiones debidamente autorizadas.

c) También afectan a los elementos personales de los Fondos de Pensiones las modificaciones que realiza el art. 32.13 de la Ley 24/2001 en el art. 21 de la Ley 8/1987, desarrollando los requisitos que deben reunir las entidades de crédito para actuar como entidades depositarias de aquellos fondos.

d) En el elemento real de los Fondos de Pensiones, modificando el art. 31.10 de la Ley 24/2001 el art. 16 de la Ley 8/1987, para establecer nuevos criterios de diversificación de las inversiones del activo de dichos fondos.

e) En el régimen de publicidad de los datos contables de los Fondos de Pensiones, modificando el art. 32.11 de la Ley 24/2001 el art. 19.8 de la Ley 8/1987, para imponer a sus Entidades Gestoras un deber de información mínima trimestral a los partícipes y beneficiarios de los Planes integrados sobre la evolución y situación de sus derechos económicos, modificaciones normativas, cambios en las especificaciones y en su política de inversiones, etc.

7. Por último, el art. 32 de la Ley 24/2001 modifica determinados aspectos del control público de los Planes y Fondos de Pensiones regulado en el Capítulo IX de la Ley 8/1987, adaptando en particular el régimen de infracciones y sanciones administrativas establecido en los arts. 35 y 36 a las modificaciones sustanciales anteriores de modo tal que, por ejemplo, se incluye a las entidades promotoras de Planes de Pensiones individuales dentro del grupo de sujetos sometidos al régimen sancionador.

8. En conclusión, estamos ante la reforma más profunda operada en la Ley 8/1987 desde la que introdujo la LOSSP de 1995; debiéndose destacar que esta reforma sustancial de la regulación de los Planes y Fondos de Pensiones obedece al deseo de potenciar estos mecanismos de previsión social complementaria ante la importancia creciente que los mismos han adquirido en nuestro sistema financiero, de la que es buena muestra el crecimiento que han experimentado en el último ejercicio 2001 tanto en su patrimonio (pasando de

38.891,514 millones de euros en 2000 a 43.829,160 millones de euros en 2001) como en su número de partícipes (pasando de 4.938.828 en 2000 a 5.827.940 en 2001).

Alberto Javier Tapia Hermida

2. INFORME DEL *TAKEOVER PANEL* SOBRE EL EJERCICIO 2000-2001

Como es habitual, el *Takeover Panel* (en adelante, "el *Panel*") ha publicado el Informe referente al ejercicio cerrado a 31 de marzo de 2001, donde expone e ilustra las actividades desarrolladas por la entidad durante el ejercicio concluso.

La estructura del *Takeover Panel* (hasta ahora tripartita) comprende el Comité Directivo (*Panel*), el Comité Ejecutivo (*Panel Executive),* el Comité de Apelación (*Appeal Committee)* y, como novedad, el Comité del Código (*Code Committee*). La misión del *Takeover Panel* es la administración del *City Code on Takeovers and Mergers* (en adelante, "el *Code*"), que pretende garantizar, frente a los accionistas de las sociedades involucradas, las buenas prácticas y la transparencia de los procesos de OPA's, fusiones y adquisiciones, sin entrar a calificar o enjuiciar las cualidades financieras, societarias o atinentes al derecho de la competencia, cuya responsabilidad corresponde a otros organismos nacionales o europeos. El prestigio de las decisiones es tal que, al igual que en los ejercicios anteriores, no se formularon apelaciones ante el *Appeal Committee.*

En su informe, el nuevo Presidente, Peter Scott, refiere los hechos más relevantes del ejercicio, entre los que empieza agradeciendo los servicios prestados al *Panel* por el anterior Presidente, Sir David Calcutt, y el anterior Director General, Patrick Drayton, que han concluido los mandatos para los que fueron elegidos. Destaca asimismo un obituario dedicado a Peter Frazer, que durante muchos años colaboró en los sistemas de autorregulación y que desempeñó un relevante papel en la constitución del *Panel*.

Se subraya la trascendencia de la entrada en vigor de la Ley de Derechos Humanos de 1998, que hace aplicables en el Reino Unido algunos de los derechos comprendidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, en especial el correspondiente a un juicio equitativo (art. 6.º). En aras del respeto a tal principio y al derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial, ha llevado al *Panel*, dadas sus funciones, a modificar su estructura, creando un nuevo órgano, el *Code Committee*, cuya función es la revisión y propuestas de modificación del *Code*.

Alude también el Informe a la frustración en el último momento de la aprobación de la Decimotercera Directiva Europea, después de doce años de discusiones. Reconoce el Presidente que los sentimientos del *Panel* son encontrados, ya que siempre ha sido muy crítico con el Proyecto de Directiva (por el peligro que pudiera haber implicado para el sistema de autorregulación del *Code*), pero su influencia en la protección de los derechos de los accionistas minoritarios, así como a favor de la integración europea, hubieran sido notables. Teme, en todo caso, que en la actualidad exista escasa motivación en las instituciones europeas para retomar la cuestión desde el principio.

Por otro lado, la aprobación de la Ley de Servicios y Mercados Financieros y la publicación del Código de Conducta en el Mercado (*Code of Market Conduct*) han supuesto importantes acicates en la actividad del Panel, siempre en contacto con la *Financial Services Authority* (FSA), destacando la inclusión de diversos "puertos de refugio" ("*safe harbours*"), esto es, la determinación de determinadas conductas que, a juicio de la FSA, no constituyen una práctica de abuso de mercado (en concreto, acerca de los momentos y contenido de los anuncios y publicaciones de ofertas). Por su parte, la FSA publicó en mayo de 2001 su reglamento (*Enforcement Manual*), en el que establece las directrices para su intervención —siempre en supuestos excepcionales— en la tramitación de una OPA.

Rompiendo la tendencia de años anteriores, el ejercicio cerrado ha visto formalizadas 198 ofertas (frente a las 305 del año anterior), lo cual supone una notable reducción. Por su parte, ello ha supuesto también una mínima reducción en los ingresos (si bien no de un porcentaje similar al del decremento de ofertas), que ha pasado de 7.316.379 libras esterlinas a 7.215.573 libras esterlinas.

Por su parte, el nuevo Director General, Philip Remnant, comenta las novedades introducidas en el *Code* durante el ejercicio. El aspecto más destacado es la interpretación por el *Executive* de su postura en relación con las Reglas 2.2, 2.4 y 2.5, en los supuestos de negociaciones prolongadas (sin plazo) con un potencial oferente, que puede ser considerado hostil por el Consejo de la compañía. En ese caso, éste puede solicitar del *Panel Executive* que intervenga para fijar un plazo al potencial oferente al objeto de que aclare sus intenciones; se trata del principio "que hable ahora o que calle para siempre" (*put up or shut up*). Debemos aclarar, no obstante, que ese "para siempre" dura seis meses, de acuerdo con la Regla 2.8.

En la Nota 3 a la Regla 20.1, se aclara que los representantes del oferente y de la compañía pueden celebrar reuniones con los accionistas de esta última, siempre que en el curso de las mismas no se revelen informaciones adicionales sobre la oferta y que asista un asesor financiero, que es responsable de comuni-

car inmediatamente al *Panel Exceutive* que no se ha facilitado informaciones sobre la oferta.

Otro de los aspectos relevantes se refiere a los pactos de accionistas de sociedades no cotizadas que comprendan acuerdos de "*drag along*" (compromiso de venta de las acciones a la misma persona), respecto de los que se propugna el mantenimiento de la protección del *Code* para los accionistas en tales supuestos, que pueden devenir casos de potencial cambio de control.

El hecho más destacado del ejercicio, a tenor del número de comunicados emitidos por el *Panel*, es el del procedimiento de "St David Capital plc and WPD Limited - Hyder plc".

(En relación con informes del *Panel* de años anteriores, cfr., entre otras, DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, RDBB 71, pp. 916-917, RDBB 75, pp. 283-284, y RDBB 80, pp. 306-307).

Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro

3. LOS ESTABLECIMIENTOS DE CAMBIO DE MONEDA: LA CIRCULAR 6/2001, DEL BANCO DE ESPAÑA

1. En el mercado financiero, se realizan, tanto por las entidades de crédito como por otras personas físicas y jurídicas, dos tipos de actividades que suelen ir vinculadas: el cambio de moneda, entendiendo por tal las operaciones de compra y venta de billetes extranjeros; y las transferencias recibidas o enviadas al exterior. El crecimiento experimentado por estas actividades desde el año 1992 llevó a establecer, en 1998, una nueva regulación que sustituyera el régimen de registro previsto en la Circular 8/1992, de 14 de abril, del Banco de España. Este nuevo régimen reglamentario se estableció por el Real Decreto 2660/1998, de 14 de diciembre, sobre cambio de moneda extranjera en establecimientos abiertos al público distintos de las entidades de crédito (BOE n.º 299 de 15 de diciembre de 1998) que fue desarrollado por la Orden de 16 de noviembre de 2000 de regulación de determinados aspectos del régimen jurídico de los establecimientos de cambio de moneda extranjera y sus agentes (BOE n.º 283 de 25 de noviembre de 2000) y por la Circular 6/2001, de 29 de octubre, del Banco de España, sobre titulares de establecimientos de cambio de moneda (BOE n.º 274 de 15 de noviembre de 2001), de la que damos noticia y que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2002, salvo en determinados aspectos que regirán desde el 1 de abril de 2002.

Junto a la anterior normativa específica debe tenerse en cuenta la incidencia en este ámbito del régimen de transparencia que impone a los titulares de

establecimientos de cambio de moneda que realicen operaciones de transferencias con el exterior la Orden de 16 de noviembre de 2000, de desarrollo de la Ley 9/1999, de 12 de abril, por la que se regula el régimen jurídico de las transferencias entre los Estados Miembros de la Unión Europea, cuyo art. 2 hace referencia a los "establecimientos abiertos al público para el cambio de moneda extranjera".

Por último, inciden también sobre estos establecimientos de cambio de moneda las obligaciones derivadas de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, desarrollada por el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de aquella Ley.

2. En la regulación de este tipo de establecimientos de cambio de moneda se han seguido las pautas comunes del régimen de los intermediarios financieros que se estructura en cuatro fases sucesivas:

1.ª En primer lugar, se tipifica la actividad profesional de cambio de moneda extranjera en establecimientos abiertos al público que comprende "la compra o venta de billetes extranjeros y cheques de viajero, así como la gestión de transferencias recibidas del exterior o enviadas al exterior, a través de las entidades de crédito" (art. 1 del Real Decreto 2660/1998); estableciéndose una doble categoría de operaciones que, de menor a mayor complejidad, abarcan las "operaciones de compra de billetes extranjeros o cheques de viajero, con pago en pesetas" y las "operaciones de venta de billetes extranjeros o gestión de transferencias recibidas del exterior o enviadas al exterior a través de entidades de crédito" (art. 2 del Real Decreto 2660/1998). Esta distinción operativa será relevante para determinar el régimen aplicable a los titulares de los distintos tipos de establecimientos, según veremos después.

2.ª En segundo lugar, la actividad profesional de cambio de moneda tipificada reglamentariamente se reserva a los establecimientos de cambio de moneda en los términos reglamentarios, que no se aplican a las entidades de crédito (art. 1 del Real Decreto 2660/1998). Esta reserva de actividad se refuerza con la aplicación del régimen sancionador establecido en la Disp. Adic. 10.ª de la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito "a las personas físicas o jurídicas que, sin haber obtenido la preceptiva autorización del Banco de España, efectúen en establecimientos abiertos al público operaciones de cambio de moneda extranjera u ofrezcan al público la realización de las mismas" (art. 13 del Real Decreto 2660/1998).

3.ª Una vez reservada la actividad de cambio de moneda a favor de los establecimientos citados (sin perjuicio de su posible desarrollo por las entidades de crédito), procede regular las condiciones de acceso y de ejercicio de dicha

actividad por las entidades citadas. En este sentido, se pueden distinguir una serie de condiciones de acceso y ejercicio que son comunes a los distintos tipos de establecimientos de cambio de moneda y otras que se diversifican dependiendo del tipo de establecimiento de que se trate.

Es condición común para el acceso a la actividad de cambio de moneda la autorización por parte del Banco de España y la inscripción posterior en el Registro de este tipo de establecimientos que aquel Banco lleva (arts. 3 y 5 del Real Decreto 2660/1998). Son condiciones comunes para el ejercicio de la actividad citada el respeto de las normas de publicidad, transparencia, protección de la clientela y registro de operaciones establecidas en el Capítulo IV (arts. 10 y 11) del Real Decreto 2660/1998 y en los arts. 4 y ss. de la Orden de 16 de noviembre de 2000. El ejercicio de dicha actividad queda sometido, además, al régimen de supervisión y sanción previsto en el Capítulo III (arts. 6 a 9) del Real Decreto 2660/1998, que atribuye la supervisión y el control de tales establecimientos al Banco de España y establece el régimen sancionador y de revocación de su autorización. Por último, se establece un régimen específico de los agentes de los titulares de establecimientos de cambio de moneda en el art. 10 de la Orden de 16 de noviembre de 2000 y en la norma 12.ª de la Circular 6/2001 del Banco de España.

Según decíamos anteriormente, el régimen reglamentario de estos establecimientos se bifurca en dos categorías, según el tipo de operaciones que realicen:

a) En primer lugar, los "titulares de establecimientos que realicen exclusivamente operaciones de compra de billetes extranjeros o cheques de viajeros con pago en euros" están sometidos a las normas 1.ª a 4.ª que integran el Título I de la Circular 6/2001. Se trata de un régimen simplificado que somete a dichos titulares a una condición esencial de acceso consistente en la autorización del Banco de España, sometida a unos requisitos básicos de honorabilidad comercial y profesional (art. 4.1 y 3 del Real Decreto 2660/1998) y a una serie de condiciones de ejercicio de su actividad consistentes en informar mensual y trimestralmente al Banco de España, registrar diariamente sus operaciones y respetar las normas de transparencia y protección de la clientela contenidas en la norma 4.ª de aquella Circular 6/2001.

b) En segundo lugar, los "titulares de establecimientos que realizan operaciones de compraventa de billetes extranjeros o cheques de viajeros o gestión de transferencias con el exterior" se someten a un régimen más completo establecido en las normas 5.ª y ss. que integran el Título II de la Circular 6/2001. Este régimen se caracteriza por la exigencia de una serie de requisitos para obtener la autorización del Banco

de España y de una serie de condiciones de actividad mucho más detalladas que las anteriores. La autorización queda condicionada al cumplimiento de determinados requisitos de estructura jurídica (ser sociedades anónimas cuyo objeto social exclusivo consiste en el desarrollo de las operaciones citadas y con un capital social de entre 10 y 3.000 millones de ptas.) y de funcionamiento (contar con un seguro de responsabilidad civil) establecidos en el art. 4 del Real Decreto 2660/1998. Las condiciones de ejercicio de su actividad son mucho más exigentes que en el caso de los anteriores establecimientos, especialmente en lo que se refiere a la información a enviar al Banco de España (norma 7.ª de la Circular 6/2001), como en lo relativo a la transparencia y protección de su clientela (norma 9.ª de la Circular 6/2001).

Alberto J. Tapia Hermida

4. APROBADA LA MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE EL BLANQUEO DE CAPITALES

El Parlamento Europeo y el Consejo han adoptado la Directiva 2001/97/CE, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (DO L 344, de 28 de diciembre de 2001, p. 76).

La Directiva 91/308/CEE ha sido uno de los más destacados instrumentos internacionales en la lucha contra el blanqueo de capitales, junto con el Convenio de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (adoptado en Viena, el 19 de diciembre de 1988), el Convenio del Consejo de Europa de 1990, en Estrasburgo, relativo al Blanqueo, Detección, Aprehensión y Confiscación de los Productos de la Delincuencia Organizada, y las cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el blanqueo de capitales (GAFI), actualizadas en 1996.

La Directiva 91/308/CEE estaba dirigida a obstaculizar la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales procedentes del tráfico de estupefacientes. Se dispuso que los Estados miembros prohibirían el blanqueo de capitales tal y como se definía en ella; mandato que se complementaba con una declaración anexa de los Estados miembros recogiendo el compromiso, posteriormente cumplido, de tipificar esa actuación como delito. Los Estados miembros habrían de imponer a las entidades de crédito y a las instituciones financie-

ras los siguientes deberes: identificar a sus clientes; conservar registros apropiados; examinar con atención las transacciones sospechosas; colaborar con las autoridades responsables facilitando información, por iniciativa propia o a petición de éstas; abstenerse de ejecutar transacciones sospechosas o, en ciertos casos, informar inmediatamente después de realizarlas; y establecer procedimientos adecuados de control y medidas para la formación de los empleados. La revelación, de buena fe, de esa información no ha de constituir violación del deber de secreto, impuesto por vía contractual o legal, ni implicar responsabilidad [v. nota de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, RDBB 42 (1991), pp. 500 y ss.].

La Directiva 2001/97/CE, aparte de aprovechar la oportunidad para aclarar determinados aspectos del texto de 1991, ha ampliado la relación de delitos subyacentes que originan el blanqueo de capitales y la de sujetos obligados a colaborar en la lucha contra el blanqueo de capitales.

Con esta nueva Directiva se eliminan una serie de dudas que habían surgido sobre la situación de las sucursales y sobre ciertas actividades financieras.

En la Directiva 2001/97/CE, al definir a las entidades de crédito y a las instituciones financieras, se incluye a las sucursales con independencia de que su sede social esté dentro o fuera de la Comunidad. Con ello queda claro que las notificaciones de operaciones sospechosas procedentes de sucursales de entidades cuya sede social esté situada en otro Estado miembro deben ser remitidas a las autoridades del Estado de acogida, y que es a ellas a quien corresponde velar por que lo dispuesto en la Directiva sea cumplido por esas sucursales.

En la delimitación de las instituciones financieras se señalan aquellas empresas, distintas a las entidades de crédito, cuya actividad consista en las operaciones mencionadas en los puntos 2 a 12 y 14 de la lista que figura en el Anexo I de la Directiva 2000/12/CE; pero en la Directiva 2001/97/CE, de forma expresa, se ha querido dejar constancia de la inclusión entre ellas de las entidades cuya actividad sea la de agencia de cambio y la de transferencia o envío de dinero, para erradicar dudas derivadas de las diferentes versiones lingüísticas de los textos comunitarios. También dentro de la categoría de institución financiera, junto a las empresas de seguros, que ya aparecían en la Directiva 91/308/CEE, se relacionan ahora las empresas de inversión (de acuerdo con el art. 1.2 Directiva 93/22/CEE) y las empresas de inversión colectiva que negocien sus participaciones o acciones.

La actualización y ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva 91/308/CEE había sido fijado como uno de los objetivos del Plan de Acción en materia de Servicios Financieros y del Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada. El texto original de la Directiva 91/308/CEE sólo re-

cogía como actividad delictiva subyacente aquélla referida al tráfico de estupefacientes (de acuerdo con el art. 3.1.*a* de la Convención de Viena). Esta Directiva 2001/97/CE define la actividad delictiva subyacente como la participación delictiva en la comisión de un delito grave; entiendo por tal, además del tráfico de estupefacientes, las actividades de las organizaciones delictivas penadas con privación de libertad de un máximo, al menos, de cuatro años o con una pena más severa (art. 1 de la Acción Común 98/733/JAI, DO L 351, de 29 de diciembre de 1998. p. 1), el fraude según se define en los arts. 1.1 y 2 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, al menos en los casos graves (DO C 316, de 27 de noviembre de 1995, p. 48), la corrupción y los delitos que pueden generar beneficios considerables y que sean sancionables con pena grave de prisión de acuerdo con el Derecho penal de los Estados miembros.

En el ánimo de ampliar la relación de delitos subyacentes está previsto que, antes del 15 de diciembre de 2004, los Estados miembros modifiquen la definición de delitos que puedan generar beneficios considerables y que sean sancionables con pena grave de prisión, para acomodarla a la definición de delito grave de la Acción Común 98/699/JAI relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, de 3 de diciembre de 1998 (DO L 333, de 9 de diciembre de 1998, p. 1). Estos delitos quedan definidos en base a las penas de privación de libertad o medidas de seguridad, cuya pena máxima sea de más de un año o mínima de más de seis meses [art. 1.1.b) de la Acción Común].

El endurecimiento de los controles en el sector financiero impulsa a los autores del blanqueo de capitales a buscar métodos y canales alternativos para ocultar el origen del producto de actividades delictivas. La Comisión, en sus informes de 1995 y 1998 de seguimiento de la aplicación de la Directiva 91/308/CEE, ha insistido en la necesidad de ampliar la relación de personas obligadas a colaborar en esta lucha [v. nota de ESPÍN, RDBB 58 (1995), pp. 551 y ss.].

La propia Directiva del 91 establece el deber de los Estados miembros de expandir las obligaciones allí recogidas a aquellos profesionales y categorías de empresas que ejerzan actividades particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales (art. 12 Directiva 91/308/CEE). Este mandato, por su falta de concreción, deja a los Estados miembros un grado de discrecionalidad considerable. En los ordenamientos nacionales europeos, de forma generalizada ya se ha extendido a actividades no financieras el deber de colaborar en la lucha contra el blanqueo de capitales [Alemania, Dinamarca, España, Francia, Holanda, Reino Unido..., v. para España nota de ESPÍN, RDBB 59 (1995), pp. 791 y ss.].

Con esta Directiva 2001/97/CE, las obligaciones establecidas para las entidades de crédito y las instituciones financieras serán exigibles también para las siguientes personas, físicas o jurídicas, en el ejercicio de su actividad: auditores, contables externos y asesores fiscales; agentes de la propiedad inmobiliaria; notarios y otros profesionales independientes del Derecho cuando llevan a cabo determinadas actuaciones; personas que comercian con artículos de valor elevado (piedras y metales preciosos, objetos de arte); casinos; y subastadores cuando el pago se realiza en efectivo y por un importe superior a 15.000 euros (art. 2 bis de la Directiva 91/308/CEE, modificada).

Los casinos habrán de identificar a todos aquellos clientes que compren o vendan fichas de pago por un importe igual o superior a 1.000 euros, exigencia que se considera cumplida cuando el casino, sujeto a control estatal, proceda a registrar o identificar a todos sus clientes en el momento de acceso a él (art. 3 aps. 5 y 6 de la Directiva 91/308/CEE, modificada).

Los profesionales independientes del Derecho deben estar sujetos a los deberes dispuestos en esta Directiva, pues existe un gran riesgo de que sus servicios se empleen indebidamente para el blanqueo del producto de actividades delictivas, pero, a su vez, se considera imprescindible salvaguardar los principios fundamentales de su actividad; por ello se establecen excepciones al deber de colaboración.

Las obligaciones recogidas en la Directiva serán exigibles a los notarios y otros profesionales independientes del Derecho cuando actúen en nombre y por cuenta de su cliente en cualquier transacción financiera o inmobiliaria, y cuando actúen por cuenta de su cliente en la concepción o realización de las siguientes transacciones: la compraventa de bienes inmuebles o de entidades comerciales, gestión de fondos, valores u otros activos del cliente, apertura o gestión de cuentas bancarias o de valores, organización de las aportaciones necesarias para la creación, funcionamiento o gestión de empresas, y la creación, funcionamiento o gestión de sociedades fiduciarias o análogas (art. 2 bis de la Directiva 91/308/CEE, modificada).

Dada la particular posición de los notarios y los profesionales independientes del Derecho, los Estados miembros pueden dispensarles del deber de notificación con respecto a la información que reciban de su cliente y obtengan sobre él, al determinar su situación jurídica o al desempeñar la defensa o representación en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, con independencia de que la información se reciba antes, durante o después del mismo (art. 6.3 de la Directiva 91/308/CEE, modificada). La pervivencia del secreto profesional en el asesoramiento jurídico no ha de abarcar los casos en que el asesor letrado esté implicado en las actividades de blanqueo, aquéllos en que el asesoramiento

jurídico consiste en el propio blanqueo, o aquéllos en que el asesor sepa que el cliente busca el asesoramiento para el blanqueo.

Como en algunos Estados miembros los auditores, los contables externos y los asesores fiscales pueden llevar a cabo funciones semejantes a las descritas como exentas del deber de información para los profesionales jurídicos, se ha considerado adecuado que ha de dárseles el mismo trato a esos profesionales en esas circunstancias (art. 6.3 de la Directiva 91/308/CEE, modificada).

Los organismos autorreguladores de los notarios y otros profesionales independientes del Derecho (colegios profesionales u organismos profesionales equivalentes) podrán ser designados como receptores de la información sobre el blanqueo de capitales. En ese caso, habrá de establecerse la forma de cooperación entre ese organismo autorregulador y las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo (art. 6.3 de la Directiva 91/308/CEE, modificada). De esta forma se pretende que estas profesiones participen en el esfuerzo contra el blanqueo de capitales, pero procurando evitar un efecto negativo en la función y la imagen de los abogados en la sociedad.

La delincuencia organizada ha demostrado su capacidad de aprovechar, en beneficio propio, la rapidez y el anonimato ofrecido por las nuevas formas de comunicación. Con especial preocupación se observan las facilidades que para el blanqueo de capitales aporta internet y la denominada banca directa. Por ello, para compensar ese mayor riesgo, esta Directiva dispone que, cuando se establecen relaciones de negocios o se realicen transacciones a distancia, los obligados a colaborar en la lucha contra el blanqueo de capitales deben adoptar medidas específicas para la identificación de los clientes que no estén físicamente presentes (art. 3.11 de la Directiva 91/308/CEE, modificada). En el propio texto de la Directiva (en la Propuesta de Directiva se recogía, más adecuadamente, en un Anexo) se han enumerado algunas posibles exigencias especiales, como son: requerir documentos justificativos adicionales, establecer medidas complementarias encaminadas a comprobar o certificar los documentos facilitados, aportar certificaciones de confirmación expedidas por instituciones sujetas a esta Directiva, o exigir que el primer pago se efectúe a través de una cuenta abierta a nombre del cliente en una entidad de crédito.

Los Estados miembros deben facilitar a las personas que quedan sujetas a los deberes recogidos en esta Directiva información actualizada sobre las prácticas de los autores de blanqueo y sobre los indicios que permitan detectar transacciones sospechosas [art. 11 de la Directiva 91/308/CEE; v. como ejemplo para España nota de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, RDBB 77 (2000), pp. 218 y ss.].

Todas las autoridades de supervisión de la actividad de las personas sujetas a lo dispuesto en la Directiva deberán informar a las autoridades encargadas de

la lucha contra el blanqueo de capitales de aquellos hechos que puedan constituir prueba de ese blanqueo. Al modificar la Directiva se ha creído oportuno especificar como sujetas a este deber a las autoridades supervisoras de las bolsas de valores, los mercados de divisas y los derivados financieros (art. 10 de la Directiva 91/308/CEE, modificada).

El informe de seguimiento de la aplicación de esta Directiva que debe elaborar la Comisión, al menos trianualmente, habrá de contener un especial examen de los siguientes extremos: delimitación de los delitos graves a efectos de su consideración como delito subyacente del blanqueo de dinero, tratamiento de los profesionales independientes del Derecho, e identificación de los clientes en las transacciones comerciales a distancia y sus implicaciones en el comercio electrónico (art. 2 de la Directiva 2001/97/CE).

La puesta en vigor por parte de los Estados miembros de lo dispuesto en esta Directiva deberá ser a más tardar el 15 de junio de 2003.

La Comisión ha emitido una Declaración en la que reitera el compromiso, establecido en su Programa de trabajo de 2001, de presentar una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establezca un mecanismo de cooperación entre las autoridades nacionales competentes de los Estados miembros y la Comisión, con el fin de garantizar la protección de los intereses financieros de las Comunidades contra actividades ilegales, incluyendo cuestiones como el blanqueo de capitales (DO L 344 de 28 de diciembre de 2001, p. 82). Este compromiso ha sido confirmado en la Comunicación de la Comisión sobre el Plan de acción para 2001-2003 sobre protección de los intereses financieros de las Comunidades, "Lucha contra el fraude", de 15 de mayo de 2001.

Cristóbal Espín Gutiérrez

5. SOBRE LA FUNCIÓN DEL SERVICIO DE RECLAMACIONES DEL BANCO DE ESPAÑA

Ha tenido una amplia repercusión en los medios de comunicación la referencia que dentro del Informe del Defensor del Pueblo se ha hecho a la actuación del Banco de España en cuanto a la supervisión de las buenas prácticas contractuales por parte de las entidades sometidas a su supervisión. En efecto, en el citado Informe figura un apartado en el que se aborda la cuestión bajo el epígrafe de "Buenas prácticas financieras y aseguradoras" (Boletín de las Cortes Generales, Serie A, n.º 201, de 8 de octubre de 2001, p. 318).

El Defensor del Pueblo comienza subrayando la relación existente entre la eficacia de la función de la Administración económica y el adecuado funcionamiento de los servicios bancarios, financieros y de aseguramiento privado. Las cuestiones financieras constituyen preocupaciones prioritarias para la ciudadanía en general.

El Defensor del Pueblo considera que constituye una línea de actuación de la institución la tendente a clarificar y racionalizar la acción de vigilancia del Banco de España. En especial, en lo referido al cumplimiento de las resoluciones dictadas por esa Institución, así como a las medidas aconsejables para mejorar la efectividad de esas resoluciones. No parece ser suficiente, a juicio del Defensor del Pueblo, la publicación de la cuidada e interesante Memoria Anual por parte del citado Servicio de Reclamaciones, de la que ha quedado cumplida noticia dentro de esta sección [v. RDBB 84 (2001), p. 264], puesto que se reclama una actuación del Banco de España que sirve para comprobar el acatamiento de las resoluciones del citado Servicio. Hace falta, subraya el Defensor del Pueblo, comprobar que las entidades financieras en las que se ha constatado una actuación irregular asumen el informe desfavorable y modifican su práctica contractual.

En otro momento, lo que viene a hacer el Defensor del Pueblo es subrayar la opción adoptada por el Ministerio de Economía en contra de que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España pasara a convertirse en un órgano de mediación o arbitraje que dictara resoluciones vinculantes para las partes.

En definitiva, el Defensor del Pueblo expresa algunas reservas en cuanto a la actual configuración y funcionamiento del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, quizás porque considera inadecuado el perfil que ese organismo pueda tener de acuerdo con la legislación en vigor.

Christi Amesti Mendizábal

6. ¿TIENEN LOS SOCIOS DE UNA SIMCAV QUE PRESENTAR EL RESUMEN ANUAL DE RETENCIONES E INGRESOS A CUENTA?

Entre el 1 de enero y el 20 de febrero se ha presentado el resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF, del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, en relación con las rentas o ganancias obtenidas en la transmisión o reembolso de acciones o participaciones de Instituciones de Inversión Colectiva (modelo 187).

Las Sociedades de Inversión Mobiliaria de Capital Variable (SIMCAVs) son una de esas Instituciones y vehículo habitual de inversión financiera, por lo

que sus aspectos fiscales afectan a numerosas personas (sus socios), además de a las entidades depositarias de las SIMCAVs y, cuando han sido nombradas, a sus gestoras.

A principios de 2001 surgieron dudas sobre si los socios de SIMCAVs debían presentar un resumen anual de los pagos a cuenta realizados durante el año 2000 (a través del modelo 187). Esta cuestión era preocupante, porque muchos de esos socios carecían de medios y conocimientos técnicos suficientes para presentar el modelo en forma reglamentaria (mediante una Orden de 15 de diciembre de 1999 se establecieron requisitos un tanto complejos, entre ellos la obligación de presentar un soporte directamente legible por ordenador con información previamente validada).

Las dudas se suscitaban porque los socios de SIMCAVs están obligados a realizar un pago a cuenta de su impuesto personal, sobre las ganancias obtenidas en la transmisión de acciones de la SIMCAV, dentro de los primeros veinte días del trimestre siguiente a la obtención de las ganancias, mediante el modelo 117 (regulado por una Orden de 22 de febrero de 1999). En consecuencia, algunos de estos socios, e incluso algunas entidades y asociaciones del sector financiero, pensaron que los socios de SIMCAVs debían presentar también el resumen anual de pagos a cuenta.

La Agencia Tributaria, con el mismo criterio, informaba al público que los socios de SIMCAVs estaban obligados a presentar el resumen anual.

Pero, ¿realmente la normativa obligaba a ello? Como veremos enseguida, no existe obligación de que los socios de una SIMCAV, sean personas físicas o jurídicas, presenten el resumen anual-modelo 187.

La citada Orden ministerial de 15 de diciembre de 1999 se refiere exclusivamente a “retenciones e ingresos a cuenta”, pero no a “pagos a cuenta” de las ganancias obtenidas en la transmisión de acciones o participaciones de IIC. En cambio, la Orden de 22 de febrero de 1999, también citada, se refiere, además de a las retenciones e ingresos a cuenta, al “pago a cuenta” (que es un concepto más genérico).

Existe una confusión terminológica, al utilizar las normas fiscales, de forma un tanto ambigua, la expresión “pago a cuenta”. La ambigüedad reside en que pagos a cuenta son las retenciones y los ingresos a cuenta que deben realizar los pagadores de determinadas rentas, así como las autoretenciones que en ocasiones hacen quienes generan las ganancias (véase el artículo 82 de la Ley del IRPF; el artículo 146 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades; y el artículo 22 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes). También hay que decir que, usualmente, las retenciones e ingresos a cuenta que se practican y

declaran periódicamente a lo largo del año son objeto de un resumen anual que se presenta a principios del año siguiente.

Sin embargo, tratándose de Instituciones de Inversión Colectiva, existe un acusado contraste entre los "pagos a cuenta" que engloban todo tipo de retención, autoretención e ingreso a cuenta, y el "pago a cuenta" (en singular) que deben practicar los socios de las SIMCAVs sobre las ganancias que obtienen cuando transmiten las acciones que poseen en esta clase de sociedades.

Teniendo en cuenta ese contraste (el cual queda bien marcado cuando se comparan las dos Órdenes ministeriales citadas), resulta que el resumen anual del modelo 187 no está dirigido a quienes hacen un "pago a cuenta" (esto es, los socios de la SIMCAV que se autoretienen e ingresan en Hacienda), sino sólo a los retenedores especializados, como son las sociedades gestoras de fondos de inversión o las empresas de servicios de inversión que comercializan en España Instituciones de Inversión Colectiva domiciliadas en el extranjero. Estos retenedores sí tienen los medios técnicos adecuados para formular los resúmenes anuales en la forma exigida por la Orden de 15 de diciembre de 1999. Así queda resuelto el difícil problema práctico que en otro caso se le plantearía a miles de inversores particulares, si tuvieran que presentar individualmente sus propios resúmenes anuales cada año.

Contestando a una consulta formulada a la Agencia Tributaria el 12 de febrero de 2000, este organismo ha manifestado lo siguiente:

"En aquellos supuestos en los que legalmente se exige al transmitente de acciones o participaciones de Instituciones de Inversión Colectiva que realice un pago a cuenta de su impuesto personal por la ganancia obtenida en la transmisión, tal pago a cuenta no debe calificarse como supuesto de retención e ingreso a cuenta y, por lo tanto, no debe ser objeto de inclusión, en ningún caso, en el modelo 187 de resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta (y no de pagos a cuenta), dado que no existe obligación tributaria alguna en este sentido establecida en la normativa vigente" (contestación número 499-08/03/01, www.aeat.es).

En resumen, los socios de una SIMCAV tienen que presentar el modelo 117, en la forma establecida en la Orden de 22 de febrero de 1999, con el objeto de declarar y hacer el pago a cuenta (o autoretención) de su impuesto personal sobre las ganancias que obtienen cuando transmiten acciones de la SIMCAV. Pero no tienen que presentar el resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta (modelo 187), previsto en la Orden de 15 de diciembre de 1999.

Creemos útil recordar ahora que este es el criterio de la Agencia Tributaria, ya que, en vista de la confusión creada en el año 2001 respecto de los pagos a

cuenta realizados en el 2000, es posible que en el 2002 vuelva a suscitársele a muchos la cuestión de si el socio de una SIMCAV tiene o no que presentar el modelo resumen anual de los pagos a cuenta realizados durante el año 2001.

Francisco Martín-Caro
Abogado (Valeriano Hernández Abogados)

7. DECISIÓN DE LA COMISIÓN CON RESPECTO AL REGLAMENTO RELATIVO A LA NOTIFICACIÓN Y TRASLADO DE DOCUMENTOS EN MATERIA CIVIL O MERCANTIL

De la adopción del Reglamento 1348/2000, de 29 de mayo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados Miembros de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o mercantil se dio noticia en esta misma sección [v. RDBB n.º 80 (2000), pp. 304-305]. El art. 17 del citado Reglamento, que entró en vigor el pasado 31 de mayo de 2001, contemplaba la elaboración de un manual con la información relativa a los organismos receptores de tales documentos. Es un manual que se aprobó por primera vez por medio de la Decisión de la Comisión de 25 de septiembre de 2001 (v. DOCE L 298, de 15 de noviembre de 2001, p. 1 y ss.). Está prevista una actualización anual, sin perjuicio de que la Comisión asuma el compromiso de una actualización periódica de dicho manual a través de su sitio Internet (http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil_reg1348_es.htm).

El manual resulta especialmente voluminoso y facilita una información detallada para las organismos receptores en cada uno de los Estados Miembros. España ha señalado como organismos receptores a los Secretarios Judiciales de los Juzgados Decanos existentes en cada uno de los 430 Partidos Judiciales.

Jaime Baillo Morales-Arce

8. SUPLEMENTO SOBRE CRÉDITOS DOCUMENTARIOS ELECTRÓNICOS DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (NOVIEMBRE 2001)

La Cámara de Comercio Internacional (organización no gubernamental en la que están representados los distintos sectores del comercio internacional) es la fuente material de donde emanan las Reglas y Usos Uniformes relativos a los

Créditos Documentarios, regulación de carácter contractual a la que se someten prácticamente el 95% de los créditos emitidos en el mundo. Desde la primera versión de las RUU en 1933, la Cámara de Comercio Internacional, y más concretamente una de sus comisiones de trabajo, la Comisión de Técnicas y Prácticas Bancarias, ha realizado revisiones periódicas de su contenido para adaptarlas a las constantes transformaciones que se han producido en el comercio internacional. El pasado mes de noviembre de 2001, en la reunión semianual de la Comisión de Técnicas y Prácticas Bancarias de la Cámara de Comercio Internacional que se celebró en Estambul, se ha completado el texto de la última de estas revisiones, la de 1993, con un suplemento sobre créditos documentarios electrónicos. Con esta nueva aparición, la Cámara de Comercio Internacional pretende dar una respuesta adecuada a los cambios y adaptaciones que requiere la regulación de los créditos documentarios en el ámbito de las nuevas tecnologías, a la vez que consolidar su preeminencia reguladora en sede de créditos documentarios.

Los primeros pasos para la admisión de las técnicas electrónicas en este ámbito se dieron con la revisión de 1983, permitiendo que los bancos aceptasen documentos transmitidos a través de sistemas automatizados o computerizados, y que utilizasen el sistema SWIFT en sus comunicaciones interbancarias. La revisión de 1993 vino a consolidar las reformas introducidas en 1983, aclarando y desarrollando algunos puntos que habían quedado dudosos con la versión anterior. Sin embargo, en el campo del comercio electrónico no supuso grandes avances, porque en aquel momento el reto del crédito electrónico se decidió afrontar a través de otro proyecto, el *Project E-100.*

No obstante, la notable extensión que en pocos años han adquirido las transacciones electrónicas ha obligado a los miembros de la Comisión de Técnicas y Prácticas Bancarias a abordar con urgencia todos los problemas relativos a la utilización de las nuevas tecnologías en relación con los créditos documentarios, ya que los operadores del tráfico reclaman a voces herramientas jurídicas que permitan completar de una forma segura las transacciones *on-line*.

Hasta ahora, tal como estaban redactadas las RUU, los bancos sólo podían admitir documentos que utilizaran como soporte el papel, con independencia de que se produjeran por medios automatizados, e incluso de que no se requiriera la firma ológrafa, sino que se admitiera la utilización de cualquier otro sistema de autenticación del documento. Se hacía, por tanto, inminente la necesidad de adaptar las vigentes RUU a las nuevas realidades, dotando a los operadores de normas flexibles que les permitan utilizar los documentos electrónicos.

Simplemente esa ha sido la intención de la Cámara de Comercio Internacional con esta nueva aportación, sin que se haya planteado unos trabajos de reforma más profundos ni exhaustivos. De hecho, una revisión completa de las

actuales RUU no parece posible a corto plazo. Son bastantes las prácticas que tienen que afianzarse antes de que la Comisión de Técnicas y Prácticas Bancarias culmine dicha tarea. La primera es la que estamos tratando. Se necesita tiempo para que las Reglas relativas a los créditos documentarios electrónicos se desarrollen en el tráfico, y pueda estudiarse el impacto que han causado en los documentos con soporte de papel. Por otro lado, es imprescindible valorar la utilización de los Incoterm 2000, así como la aplicación de las ISP98 (*International Standby Practices*), cuyo escaso período en vigor hace que todavía resulte prematuro pronunciarse al respecto. Finalmente las prácticas del mercado chino merecen, dada su reciente adhesión en bloque a las RUU, un meditado análisis.

Por lo que se refiere al nuevo suplemento hay que decir que las RUUe contienen un amplio número de definiciones de términos cuyo significado en un contexto electrónico resulta distinto de aquél que se les atribuye normalmente en la esfera de los documentos que usan como soporte el papel. Así sucede con palabras o expresiones como "aparentemente", "lugar de presentación" y "firma", todas ellas de frecuente aparición en los artículos de las RUU 1993. Por otra parte se han abordado cuestiones como la relativa a qué sucede cuando, a consecuencia de un virus informático, el banco no puede abrir el documento electrónico que le ha sido presentado. En este supuesto, las RUUe permiten que el banco solicite al remitente que reenvíe el documento dentro de los 30 días siguientes, estableciendo que en caso contrario el documento se tendrá por no presentado.

El nuevo suplemento a las RUU 1993 no entrará en vigor hasta el 31 de marzo de 2002, con el objeto de permitir que tanto los bancos, como los propios usuarios de los créditos documentarios, puedan familiarizarse con sus principios, y dado que no viene a sustituir a las RUU 1993, ni constituye propiamente una revisión de las mismas, ha de usarse en conjunción con ellas, con las que todos sus artículos resultan perfectamente compatibles. Para su aplicación, las partes habrán de insertar en el texto del crédito documentario una cláusula de sometimiento expreso a las RUUe, si bien dicha cláusula supondrá una remisión implícita a las RUU 1993, a las que quedará igualmente sometido sin necesidad de que se incluya una referencia explícita en este sentido.

María Jesús Guerrero Lebrón
Profesora Doctora del Departamento de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

9. INICIATIVA LEGISLATIVA EN DEFENSA DE LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

El Gobierno presentó recientemente ante el Congreso de los Diputados el *Proyecto de Ley de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios* (v. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, n.º 56, de 16 de noviembre de 2001, p. y ss.). Con esa común finalidad de tutela hacia la protección de los consumidores y usuarios, el Proyecto de Ley tiene un contenido heterogéneo.

La primera parte del mismo está dedicada a la acción de cesación reconocida como un instrumento procesal que ha de poder ser utilizado en los más variados ámbitos de la actividad económica. La acción de cesación se contemplaba en la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998. La transposición supone regular todos los aspectos procedimentales vinculados con el ejercicio de esta acción. Así, se reconoce la posibilidad del ejercicio de la misma a aquellas asociaciones de consumidores comunitarias. Se impone la forma verbal para este tipo de procedimientos judiciales con el fin de garantizar la rapidez. En rigor, la introducción de la Ley supone una auténtica cascada de modificaciones legislativas. En primer lugar, las que afectan a los arts. 6, 11, 15, 52, 250, 711 y 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esa modificación de la norma general se ve acompañada por la de lo que el Proyecto de Ley califica como "modificación de leyes sectoriales" y que afectan tanto a la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, a la Ley 26/1984, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, a la Ley 26/1991, sobre Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, a la Ley 27/1995, reguladora de los Viajes Combinados, a la Ley 42/1998, de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, a la Ley 27/1990, del Medicamento y a la Ley 25/1994, de actividades de radiodifusión televisiva.

La segunda gran reforma que impulsa el Proyecto de Ley que comentamos se refiere a la incorporación de la Directiva 97/55/CEE en relación con la publicidad comparativa. Esta reforma se concentra en la modificación de la Ley General de Publicidad, tanto en la definición de lo que es publicidad desleal (art. 6) o comparativa (art. 6 bis), como en la regulación procesal de la citada Ley General de Publicidad.

La tercera modificación, de evidente relación con la contratación bancaria, atiende al crédito al consumo. En primer lugar, modificándose la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo, al objeto de incorporar la Directiva 98/7/CE, referida al cálculo de la tasa anual equivalente. En segundo término, se intro-

duce en la mencionada Ley un nuevo art. 20 que ha de permitir acoger la acción de cesación en relación con conductas contrarias a la Ley de Crédito al Consumo.

Jaime Baillo Morales-Arce

10. EL RÉGIMEN REGLAMENTARIO DEL SISTEMA DE INDEMNIZACIÓN DE LOS INVERSORES

1. En los diversos sectores del mercado financiero, el ahorrador, en su relación con los intermediarios típicos de cada sector, se enfrenta a distintos tipos de riesgos. Así: en el mercado bancario, el cliente que deposita sus fondos en una entidad de crédito se enfrenta al riesgo de que la entidad depositaria no pueda cumplir la deuda de restitución de los fondos depositados; mientras que, en el mercado de valores, el inversor que entrega dinero o valores para que una empresa de servicios de inversión o una entidad de crédito ejecuten las órdenes de compra o venta de valores está sometido al riesgo de que tales intermediarios no puedan entregarle los valores adquiridos o el dinero resultante de la venta de los valores entregados (sobre estos distintos riesgos nos hemos pronunciado en "La integración y el control público de los mercados financieros", en la Revista Iberoamericana de Mercados de Valores, noviembre de 2001, n.º 4, pp. 64 y 65).

2. Para hacer frente a los siniestros derivados de los distintos riesgos señalados se han establecido sistemas de indemnización basados en mecanismos mutualistas a través de fondos alimentados por aportaciones de los intermediarios afectados que hacen frente a los casos en los que un intermediario adherido caiga en una situación de insolvencia que le impida hacer frente a sus obligaciones de restitución. De tal manera que, en el ámbito bancario, existe un sistema de Fondos de Garantía de Depósitos en los distintos tipos de entidades de crédito (véase el interesante estudio de PRIEGO, F.J. sobre el "Tratamiento jurídico de las crisis bancarias", en ZUNZUNEGUI, Coord., *Lecciones de Derecho bancario y bursátil,* Madrid, 2001, p. 95 y ss.); mientras que en el mercado de valores existe un Fondo de Garantía de Inversiones regulado en el Título VI, art. 77, de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores (véase nuestro manual de *Derecho del Mercado de Valores,* Barcelona, 2000, p. 97 y ss.).

3. Si a lo anterior añadimos que, en el mercado de valores, pueden actuar, junto a las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito con plenitud de facultades, hemos de concluir que el sistema de indemnización a los inversores debe contemplar los dos mecanismos mencionados, esto es, los fon-

dos de garantía bancarios y los fondos de garantía mobiliarios. Esta doble faceta se observa en el Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto, sobre sistemas de indemnización de los inversores (BOE n.º 186, de 4 de agosto de 2001) que, en su Capítulo I, desarrolla el régimen de los Fondos de Garantía de Inversiones establecido en el art. 77 de la LMV; y, en su Capítulo II, integra la cobertura del sistema de garantía de inversiones en los Fondos de Garantía de Depósitos en entidades de crédito, modificando en consecuencia el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, en desarrollo de las modificaciones que introdujo la disposición adicional 13.ª de la Ley 37/1998, de Reforma de la LMV, en el Real Decreto Ley 18/1982, de 24 de mayo. El régimen reglamentario iniciado por el Real Decreto 948/2001 ha sido desarrollado por la Orden de 14 de noviembre de 2001, por la que se habilita a la CNMV para dictar las disposiciones de desarrollo de aquel Real Decreto (BOE n.º 281, de 23 de noviembre de 2001) y, en uso de dicha habilitación, por la Circular 2/2001, de 23 de noviembre, de la CNMV, sobre información a facilitar por las sociedades y agencias de valores a la Sociedad Gestora del Fondo de Garantía de Inversiones y sobre valoración de valores e instrumentos financieros no cotizados, a efectos de determinación de la base de cálculo de la aportación conjunta anual al Fondo (BOE n.º 282 de 24 de noviembre de 2001).

4. La necesidad de coordinar dos sistemas de indemnización de los inversores, según establezcan sus relaciones con empresas de servicios de inversión o con entidades de crédito, se manifiesta en el art. 1 del Real Decreto 948/2001 que identifica tales sistemas diciendo que uno se instrumenta mediante uno o dos Fondos de Garantía de Inversiones de nueva creación para las sociedades y agencias de valores y para las sucursales en España de las empresas de servicios de inversión extranjeras mientras que el otro se instrumenta mediante los Fondos de Garantía de Depósitos en entidades de crédito ya existentes.

5. En la regulación del primer sistema de Fondos de Garantía de Inversiones cabe distinguir aspectos estructurales y funcionales:

a) Estructuralmente, se regula un primer Fondo de Garantía de Inversiones, de existencia necesaria, al que se adherirán obligatoriamente las sociedades y agencias de valores y las sucursales de las empresas de servicios de inversión comunitarias y extracomunitarias y un segundo Fondo de Garantía de Inversiones, de existencia potestativa, que agrupe a las sociedades y agencias de valores miembros de una Bolsa de Valores (art. 2). Respecto de tales Fondos se establece su estructura subjetiva, regulando las entidades adheridas (art. 3) y el régimen de adhesión (art. 9) y de baja y exclusión del Fondo (art. 12); y su estructura objetiva, regulando su régimen económico, con particular aten-

ción a las aportaciones anuales que las entidades adheridas a los Fondos de Garantía deben realizar por un valor equivalente al 2 por mil del dinero, más el 0,1 por mil del valor de los valores e instrumentos financieros depositados o registrados en ellas por los inversores (arts. 8 y 11).

Dado que las sociedades gestoras de carteras son un tipo de empresas de servicios de inversión que no están obligadas a adherirse a los Fondos de Garantía de Inversiones, se establece un mecanismo de cobertura de los perjuicios causados a sus clientes derivados de la realización del servicio de inversión y de las actividades complementarias que les permite el art. 64.4 de la LMV mediante un seguro de responsabilidad civil que deben concertar con una entidad aseguradora habilitada legalmente para operar en el ramo de responsabilidad civil dentro de la Unión Europea por una suma no inferior a 1.225.000 euros.

La estructura de este primer sistema de indemnización de los inversores se completa con las sociedades gestoras de los Fondos que se constituirán como sociedades anónimas especiales cuyos socios serán las empresas de servicios de inversión adheridas (art. 15). Las especialidades de estas sociedades anónimas afectan tanto a su estructura patrimonial y organizativa, con un régimen específico de sus estatutos, capital social y consejo de administración y director general (arts. 16, 17, 18 y 21), como a su funcionamiento, con un régimen económico especial; unas funciones típicas y la supervisión de la CNMV (arts. 19, 20 y 22).

b) La regulación de estos Fondos de Garantía de Inversiones abarca, en segundo lugar, los aspectos funcionales de los mismos y, más en concreto, la forma de operar la garantía. Este régimen puede exponerse contestando a dos preguntas básicas: ¿qué se cubre? La cobertura protege a los inversores ante el riesgo de la falta de restitución del dinero o de los valores o instrumentos financieros que hayan entregado a las entidades adheridas al Fondo de Garantía que caigan en una situación de insolvencia, siempre que tales entregas hayan estado vinculadas a la prestación por dichas entidades de los servicios de inversión previstos en el art. 63.1 de la LMV y a la actividad complementaria del art. 63.2.a) de la misma LMV. Por lo tanto, el Fondo no cubrirá las pérdidas de valor de la inversión ni cualquier riesgo de crédito; estando excluidos de la protección una serie de inversores institucionales o profesionales que se mencionan reglamentariamente (art. 4). ¿Cómo se cubre? Cuando los inversores no puedan obtener de una

entidad adherida al Fondo el reembolso del dinero entregado o la restitución de los valores o instrumentos que les pertenezcan como consecuencia de la insolvencia de aquella entidad podrán solicitar a la sociedad gestora la ejecución de la garantía reclamando el reembolso de los recursos dinerarios o la devolución del valor dinerario de los valores o instrumentos depositados o registrados hasta un límite máximo de 20.000 euros, aplicándose este importe por inversor (art. 6). El Fondo que pague a los inversores las cantidades garantizadas se subrogará en los derechos de estos últimos frente a las empresas de servicios de inversión hasta un importe igual a la cantidad pagada en concepto de indemnización (art. 7). Para facilitar la eficacia de este sistema de indemnización, se obliga tanto a las entidades adheridas a los Fondos como a sus sociedades gestoras a informar a los inversores del régimen de cobertura (art. 14).

6. Según decíamos anteriormente, la actuación de las entidades de crédito en el Mercado de Valores como intermediarios con una capacidad potencial plena (art. 65 de la LMV) ha obligado a extender el régimen de protección de los inversores a los clientes que entregan dinero, valores o instrumentos financieros a aquellas entidades para la realización de determinados servicios de inversión y actividades complementarias de los tipificados en el art. 63 de la LMV. Vimos también cómo esta extensión se ha realizado técnicamente mediante la modificación del Real Decreto 2606/1996, sobre Fondos de Garantía de Depósitos de entidades de crédito mediante el Capítulo II del Real Decreto 948/2001. En consecuencia, se modifica el régimen de las aportaciones anuales de las entidades adscritas a estos Fondos, dando entrada en la base de cómputo a los depósitos de valores e instrumentos financieros (art. 25); se amplía el alcance de la garantía que abarca no sólo los depósitos garantizados sino también los valores e instrumentos financieros garantizados, cubriendo los Fondos el riesgo de falta de restitución de dichos valores o instrumentos (art. 26); se distinguen los hechos causantes de la garantía de los depósitos de efectivo respecto de los correspondientes a los valores e instrumentos financieros (art. 30); se adapta el sistema de pago y sus efectos (art. 31); y se modifican los aspectos estructurales de adscripción y exclusión de los Fondos (arts. 27 y 28).

7. El Real Decreto 948/2001 estableció que la constitución de la sociedad gestora del Fondo de Garantía de Inversiones debía producirse en el plazo de los 45 días siguientes a su entrada en vigor (Disp. Trans. 1.ª) y que dicha sociedad debería constituir el Fondo en el plazo máximo de un mes desde la aprobación de su primer presupuesto por la CNMV (Disp. Trans. 3.ª en relación con el art. 19.1).

Alberto J. Tapia Hermida

11. ACTUALIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE RECURSOS PROPIOS Y SUPERVISIÓN CONSOLIDADA

Recientemente se ha publicado el Real Decreto 1419/2001, de 17 de diciembre (BOE de 5 de enero de 2002) que aborda dos actualizaciones de la disciplina que en materia de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras estableció el Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre, en desarrollo de la Ley 13/1992, de 1 de junio.

Esta modificación entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE. Su introducción explica la razón de esta nueva modificación parcial del Real Decreto 1343/1992, que obedece a dos causas. La primera y de alcance más limitado es la que comporta un nuevo criterio de valoración de los riesgos vinculados con emisiones de entidades locales, que pasan a merecer una ponderación del 0%.

La segunda causa, de mayor calado, la constituye la obligatoria transposición de la Directiva 98/31CEE, que modificó la Directiva 98/6/CEE, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. Los cambios determinados por esta adaptación al ordenamiento comunitario son variados y afectan tanto a las normas aplicables en materia de riesgo y tipo de cambio, valoración de riesgos o compensación de posiciones, como a las disposiciones destinadas a la satisfacción de los deberes informativos a cargo de las entidades destinatarias de esta disciplina frente a las autoridades supervisoras, Banco de España y Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Christi Amesti Mendizábal

12. POSICIÓN COMÚN RELATIVA AL REGLAMENTO SOBRE PAGOS TRANSFRONTERIZOS EN EUROS

No necesita de una amplia explicación el interés del legislador comunitario por hacer realidad que los pagos transfronterizos reciban un tratamiento equivalente desde todos los puntos de vista al de los pagos realizados en el ámbito nacional. El primer paso sobre ello estuvo constituido por la Directiva 97/5/CE en materia de transferencias transfronterizas. La observación del mercado en estos últimos años parece revelar, sin embargo, que la pretensión antes señalada no tenía una adecuada respuesta entre los consumidores, en buena medida porque los costes de las transferencias transfronterizas no habían registrado una variación sustancial con respecto a la de precedentes estudios.

El Consejo de la Unión Europea aprobó recientemente su Posición Común con vistas a la adopción de un nuevo Reglamento relativo a los pagos transfronterizos en euros (v. DOCE C n.º 363, de 19 de diciembre de 2001, p. 1 y ss.). Los precedentes de este informe están constituidos por distintos informes del Banco Central Europeo que alertan sobre la necesidad urgente de impulsar mejoras efectivas en este ámbito y por hacer que las comisiones trasladen a los ciudadanos europeos, ante la efectiva unión monetaria, la idea de que la zona europea de pagos es algo real y efectivo. La resistencia a que se produjera, en términos de coste, una igualación entre pagos transfronterizos y pagos nacionales en euros, tomando además en consideración que los primeros crecen de una forma constante y que son un elemento esencial para el buen funcionamiento del mercado interior, ha conducido a la adopción de un Reglamento, aplicable a todo pago inferior a 50.000 euros, y que imponga el deber de aplicar a los pagos transfronterizos en euros las mismas comisiones que los pagos en euros efectuados en el interior de cualquier Estado miembro. Ese principio se reduce con respecto a los pagos y transferencias electrónicos transfronterizos, puesto que esa exigencia de identidad en las comisiones entre operaciones transfronterizas e internas se exige a todos aquellos pagos por debajo de 12.500 euros. Otras disposiciones de la Posición Común que destacan son las referidas a la transparencia de las comisiones (v. art. 4), así como medidas a adoptar por las entidades para impulsar las transferencias transfronterizas (v. art. 5).

Alfonso Guilarte Gutiérrez

Bibliografía

DERECHO BANCARIO

— Obras generales

OBST/HINTNER, *Geld-, Bank- und Börsenwesen Handbuch des Finanzsystems,* 4.ª ed., Stuttgart (2000), 1.723 pp.

AA.VV., "Bankruptcy Legislation in Belgium, Italy and the Netherlands", en Banca D'Italia, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale n.º 52 (2001), 73 pp.

STAGNO D'ALCONTRES/CARATOZZOLO, "Codice dell'intermediazione finanziaria", Milán (2000), pp. X-946.

— El movimiento legislativo en materia bancaria en otros países

RYDER, N., "Banking on Credit Unions in the New Millennium?", en The Journal of Business Law (septiembre 2001), p. 510.

— Normativa de la CEE en materia bancaria

BINON, J.-M., "La proposition de directive du 11 octobre 2000 sur les institutions de retraite professionnelle", en Euredia n.º 4 (2000), p. 511.

BUCHHEIM, R., *Europäische Aktiengesellschaft und grenzüberschreitende Konzernverschmelzung. Der aktuelle Entwurf der Rechtsform aus betriebswirtschaftlicher Sicht,* Wiesbaden (2001), 363 pp.

HOLGER, D., *Sitzverlegung im Binnenmarkt und ihre Besteuerung,* Frankfurt (2001), 277 pp.

HOLGER, D., *Internationale Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des Internationalen Gesellschaftsrecht und Steuerrechts,* Frankfurt (2001), 343 pp.

HOPT, K.J., "The European Company (SE) under the Nice Compromise: Major Breakthrough or Small Coin for Europe?" en Euredia n.º 4 (2000), p. 465.

SANTORO, V., "L'euro quale moneta scritturale", en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 4, parte 1.ª (2001), p. 439.

SERVAIS/VIGNERON/RUGGERI, "Le Traité de Nice - Son impact sur l'Union économique et monétaire", en Euredia n.º 4 (2000), p. 477.

— ESTATUTO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

DEMGENSKY/ERM, "Der Begriff der Einlagen nach der 6. KWG-Novelle", en WM n.º 31 (2001), p. 1.445.

JUNGMANN, C., "Auswirkungen der neuen Basler Eigenkapitalvereinbarung ('Basel II') auf die Vertragsgestaltung festverzinslicher Kredite", en WM n.º 30 (2001), p. 1.401.

MÖSCHEL, W., "Anstaltslast beiöffentlichrechtlichen Kreditinstituten - Zur Vereinbarung von Brüssel", en WM n.º 40 (2001), p. 1.895.

TROIANO, V., "Gli istituti di moneta elettronica", en Banca D'Italia, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale n.º 53 (2001), 31 pp.

VELLA, F., "La 'missione' delle fondazioni bancarie e gli investimenti culturali: vincoli e opportunità del nuovo ordinamento", en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 4, parte 1.ª (2001), p.455.

BANCOS

LA TORRE, M., *Le concentrazioni tra banche,* Turín (2000), pp. VIII-200.

VELOSO, J.A., "Questões hermenêuticas e de sucessão de leis nas sanções do regime geral das instituições de crédito - em especial a inibição de direitos de voto por violação de deveres de revelar participações qualificadas (conclusão)", en Revista da Banca n.º 49 (2000), p. 23.

ÓRGANOS DE VIGILANCIA Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD BANCARIA

BERGER, K., "Haftung für unrichtige Bankauskunft", en ZBB n.º 4 (2001), p. 238.

HANENBERG/SCHNEIDER, "Bankaufsichtliche Rahmenbedingungen für interne Überwachungssysteme", en WPg n.º 19 (2001), p. 1.058.

LINDNER-LEHMANN,M., *Regulierung und Kontrolle von Banken. Prinzipal-Agenten-Konflikte bei der Kreditvergabe,* Wiesbaden (2001), 195 pp.

ZEITLER, F.-C., "Internationale Entwicklungslinien der Bankenaufsicht", en WM n.º 30 (2001), p. 1.397.

— SECRETO BANCARIO (INFORMACIONES DE LA BANCA)

GRASEM-GERSCH, V., "Sorgfaltspfichtgesetzgebung und Geldwäschereibekämpfung im Fürstentum", en IWB n.º 12 (2001), p. 609.

— CONTRATOS BANCARIOS

BALZER, P., "Rechtsfragen des Effektengeschäfts der Direktbanken", en WM n.º 33 (2001), p. 1.533.

BORGES, G., "Lokalisierung von Angeboten beim Electronic Banking", en WM n.º 33 (2001), p. 1.542.

CAPRIGLIONE, F., "Evoluzione informatica e soggettività finanziaria nella definizione di alcune tipologie operative on line", en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 4, parte 1.ª (2001), p. 491.

FOLTER, B., *Die zivilrechtlichen Auswirkungen der Einführung des Euro auf Bankgeschäfte nach deutschem und französischem Recht,* Frankfurt (2000), 244 pp.

GUACCERO/URBANI, *Banca e finanza tra imprese e consumatori,* Bolonia (1999), 352 pp.

MACKENTHUN/SONNENHOL, "Entgelklausein in der Kreditwirtschaft - e-Commerce von Kreditinstituten - Bericht über den Bankrechtstag am 29.6.2001 in Kiel", en WM n.º 34 (2001), p. 1.585.

MAZZACAPO, S., "Intermediari finanziari non bancari e obblighi di trasparenza contrattuale", en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 4, parte 2.ª (2001), p. 510.

SCHIMANSKY, H., "Zinsanpassungsklausein in AGB", en WM n.º 25 (2001), p. 1.169.

SIRENA, P., "Controllo giudiziale e controllo amministrativo dei contratti stipulati dai consumatori", en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 4, parte 1.ª (2001), p. 469.

TÉLLEZ LAPEIRA, A., "Algunos problemas prácticos en la contratación bancaria de las sociedades mercantiles locales", en La Ley, n.º 5405 (26 de octubre de 2001), p. 1.

TRAPP, A., "Zivilrechtliche Sicherheitsanforderungen an eCommerce", en WM n.º 25 (2001), p. 1.192.

WOLFGAN/HESE/RAMSER/STADLER, *Ökonomische Analyse von Verträgen,* Tubinga (2000), 366 pp.

— PRÉSTAMO

GARCÍA GARCÍA, J.M., "Naturaleza jurídica del convenio de inscripción de vencimiento anticipado del préstamo", en Boletín del Colegio de Registradores de España n.º 75 (2001), p. 2.555.

HARDT, J., "The European Code of Conduct on Home Loans", en Euredia n.º 4 (2000), p. 547.

KILGUS, S., "Anleihen mit Tilgungswahlrecht des Emittenten (Reverse Convertibles)", en WM n.º 28 (2001), p. 1.324.

— GARANTÍAS EN LA ACTIVIDAD BANCARIA

BOZZI, G., *Le garanzie atripiche,* vol. I: *Garanzie personali,* Milán (1999), pp. XVI-418.

GISCHER, G., "Aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zur Bürgschaft und zum Schuldbeitritt - Teil II", en WM 23 (2001), p. 1.093.

HABERSACK/GIGLIO, "Sittenwidrigkeit der Bürgschaft wegenkrasser finanzieller Überforderung des Bürgen? - Eine rechtsvergleichende und europarechtliche Skizze", en WM n.º 23 (2001), p. 1.100.

KRÖLL, S., "Rechtsfragen elektronischer Bankgarantien", en WM n.º 33 (2001), p. 1.553.

PATRONI GRIFFI, L., "Concorso tra il privilegio del promissario acquirente e le ipoteche iscritte precedentemente alla trascrizione del contratto preliminare di compravendita", en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 4, parte 2.ª (2001), p.487.

PIEPOLI, G., "Le 'garanzie negative'", en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 4, parte 1.ª (2001), p. 405.

PRESTI, G., "Privilegio da contratto preliminare ineseguito e ipoteche: tot capita tot sententiae?", en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 4, parte 2.ª (2001), p. 495.

SCHUSCHKE, W., "Die Pfändung der 'offenen Kreditilinie'", en ZIP n.º 25/26 (2001), p. 1.084.

TUCCI, G., "Conflitto tra privilegio del credito del promissario acquirente per mancata esecuzione del contratto preliminare e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare medesimo", en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 4, parte 2.ª (2001), p. 476.

VENEZIANO, A., *Le garanzie mobiliari non possessorie: profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale,* Milán (2000), pp. XII-400.

WEBER, C., "Sichertheitenfreigabe und Regressbehinderung", en WM n.º 26 (2001), p. 1.229.

— CRÉDITO DOCUMENTARIO

PONTIROLI, L., *Il credito documentario,* Milán (2000), pp. XVIII-306.

— OTROS SERVICIOS BANCARIOS. TARJETA DE CRÉDITO

NOBBE, G., "Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Überweisungsverkehr" en WM n.º 29 (2001) (número especial).

VEREECKEN/WIDMAIER, "Gesetzliche Rahmenbedingungen für neue Zahlungsformen in der EU", en EuZW n.º 13 (2001), p. 397.

DERECHO BURSÁTIL

— EL MOVIMIENTO LEGISLATIVO EN MATERIA BURSÁTIL EN OTROS PAÍSES Y EN LA CEE

ESCHER-WEINGART, CH., *Reform durch Deregulierung im Kapitalgesellschaftsrecht,* Tubinga (2001), 374 pp.

HAMMEN, H., "Börsenorganisationsrecht im Wandel.Vorschläge für ein 4. Finanzmarktförderungsgesetz", en Die AktienGesellschaft n.º 11 (2001), p. 549.

HARTMUT, K., *German Securities Regulation,* Munich (2001), 242 pp.

HIRTE, H., *Kapitalgesellschaftsrecht,* 3.ª ed., Colonia (2001), 411 pp.

HOMMELHOFF/HOPT/LUTTER, *Konzernrecht und Kapitalmarktrecht,* Munich (2001), 298 pp.

KRAWINKEL, J., *Die Neuregelung des Aufsichtsrats- und Abschlussprüferrechts nach dem Kontroll- und Trasparenzgesetz,* Frankfurt (2000), 282 pp.

LAND, V., "Das neue deutsche Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz - Anmerkungen zum Regierungsentwurf", en DB n.º 32 (2001), p. 1.707.

MATYSCHOK, E., *Strukturen des Anlegerschutzes im polnischen Kapitalmarktrecht,* Heidelberg (2001), 222 pp.

OECHSLER, J., "Der RegE zum Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz - Regelungsbedarf auf der Zielgeraden!", en NZG n.º 18 (2001), p. 817.

RIESENBERG, Th.L., "Trying to Hear the Whistle Blowing: The Widely Misunderstood 'Illegal Act' Reporting Requirements of Exchange Act Section 10A", en The Business Lawyer n.º 4 (2001), p. 1.417.

VON KEUSSLER, J., *Vom grauen zum weissen Kapitalmarkt,* Berlín (2001), 264 pp.

WASTL/SCHLITT, "Abkehr vom klassischen Börsenbegriff - Chance für einen Neuanfang de lege lata?", en WM n.º 36 (2001), p. 1.702.

— OTROS ÓRGANOS DE VIGILANCIA Y CONTROL

CABIDDU, M.A., "L'interpretazione 'adeguatrice' del segreto d'ufficio della Consob", en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 4, parte 2.ª (2001), p. 400.

KUHN, M.W., "Allfinanz und moderne Finanzmarktaufsicht", en SJZ n.º 12 (2001), p. 269.

— RÉGIMEN DE ORGANIZACIÓN DE LOS MERCADOS

JUNG/WACHTLER, "Die Kursdifferenz zwischen Stamm- und Vorzugsaktien", en Die AktienGesellschaft n.º 10 (2001), p. 513.

MACKENSEN, M., *Institutionelle Anleger im Unternehmensrecht Deutschlands und der USA,* Frankfurt (2000), 341 pp.

— ADMISIÓN A COTIZACIÓN

BÖRGMANN, R., *Unternehmensentwicklung und der Gang an die Börse. Eine empirische Untersuchung deutscher Börsenneulinge,* Frankfurt (2001), 415 pp.

SCHLITT/BECK, "Spezielle Probleme bei stillen Beteiligungen im Vorfeld des Börsengangs", en NZG n.º 15 (2001), p. 688.

SCHUMACHER, T., *Ad hoc-Publizitätspflichten börsennotierter Fussballclubs,* en NZG n.º 17 (2001), p. 769.

TRAPP/SCHICK, "Die Rechtsstellung des Aktionärs der Obergesellschaft beim Börsengang von Tochtergesellschaften", en Die AktienGesellschaft n.º 8 (2001), p. 381.

— CONTRATOS BURSÁTILES. EN GENERAL

ABEGGLEN, S., "Vermögensverwaltung durch die Bank - konfliktträchtige Bereiche und ihre Bewältigung unter besonderer Berücksichtigung von Kunden-Direktorders", en SZW/RSDA n.º 4 (2001), p. 179.

BAUR/MÖLLERS, *Die Beendigung des Parketthandels an der Frankfurter Wertpapierbörse,* Baden-Baden (2000), 104 pp.

FUREY/KIESEWTTER, "On-Line Broker-Dealers: Conducting Compliance Reviews in Cyberspace", en The Business Lawyer n.º 4 (2001), p. 1.461.

HARTWIG-JACOB, M., *Die Vertragsbeziehungen und die Rechte der Anleger bei internationalen Anleiheemissionen,* Munich (2001), 715 pp.

MARTIN/METCALF, "The Fiduciary Duties of Institutional Investors in Securities Litigation", en The Business Lawyer n.º 4 (2001), p. 1.381.

ROBERTO/WEGMANN, "Prospekthaftung in der Schweiz", en SZW/RSDA n.º 4 (2001), p. 161.

ZOBL, D., "Internationale Übertragung und Verwahrung von Wertpapieren (aus schweizerischer Sicht)", en SZW/RSDA n.º 3 (2001), p. 105.

— OPAs

BUSCH, T., "Aktien- und börsenrechtliche Aspekte von Force Majeure-Klauseln in Aktienübernahmeverträgen", en WM n.º 27 (2001), p. 1.277.

DE CANTELLIS/GUIDICI/TERRILE, "Rassegna delle comunicazioni Consob in materia di offerte pubbliche di acquisto", en Rivista delle Società n.º 2-3 (2001), p. 521.

FLEISCHER, H., "Zum Begriff des öffentlichen Angebots im Wertpapiererwerbsund Übernahmegesetz", en ZIP n.º 38 (2001), p. 1.653.

GOLLIER, J.-M., "L'Opa volontaire de l'actionnaire majoritaire - commentaires des affaires Tractebel et Cobepa", en Revue Pratique des Sociétés (1.er trimestre 2001), p. 5.

GUIDICI, P., "L'acquisto di concerto", en Rivista delle Società n.º 2-3 (2001), p. 490.

HARBARTH, S., "Abwehr feindlicher Übernahmen in den USA", en ZVgIRWiss n.º 3 (2001), p. 275.

HEINLE, D.C., *City Code und Übernahmekodex. Eine Rechtsvergleichung,* Frankfurt (2001), 117 pp.

MÜLBERT, P., "Übernahmerecht zwischen Kapitalmarktrecht und Aktien(konzern)recht - die konzeptionelle Schwachstelle des RegE WpUG", en ZIP n.º 29 (2001), p. 1.221.

SCHÜPPEN, M., "Übernahmegesetz ante portas! - Zum Regierungsentwurf eines 'Gesetzes zur Regelung von öffentlichen Angeboten zum Erwerb von Wertpapieren und von Unternehmensübernahmen", en WPg n.º 18 (2001), p. 958.

SPINDLER, G., "Internationale Kapitalmarktangebote und Dienstleistungen im Internet", en WM n.º 36 (2001), p. 1.689.

THAETER, R., "Zur Abwehr feindlicher Übernahmeversuche im RegE eines Gesetzes zur Regelung von öffentlichen angeboten zum Erwerb von Wertpapieren und von Unternehmensübernahme (WÜG-RegE)", en NZG n.º 17 (2001), p. 789.

WACKERBARTH, U., "Von golden shares und poison pills: Waffengleichheit bei internationalen Übernahmeangeboten", en WM n.º 37 (2001), p. 1.741.

ZIETSCH/HOLZBORN, "Freibrief für pflichtangebotsfreie Unternehmensübernahmen?", en WM n.º 37 (2001), p. 1.753.

ZINSER, A., *Übernahmeangebote (takeover bids) im englischen und deutschen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung mit Blick auf eine künftige Regelung in Deutschland,* Frankfurt (2000), 318 pp.

— RÉGIMEN DE LOS INSIDER

AMETH, ST., *Die Marktwirkung von Insiderhandel an Wertpapierbörsen,* Wiesbaden (2001), 246 pp.

DRYGALA, T., "A Step Ahead of the Crowd - Zur selektiven Information von Finanzanalysten nach amerkanischem und deutschem Kapitalmarktrecht", (parte I) en WM n.º 27 (2001), p. 1.282 y (parte II), en WM n.º 28 (2001), p. 1.313.

— SOCIEDADES Y FONDOS DE INVERSIÓN

HESS, T., *Die Besteuerung der Anlagefonds und der anlagefondsähnlichen Instrumente sowie deren Anteilsinhaber in der Schweiz,* Zurich (2001), 628 pp.

TÍTULOS VALORES

— EN GENERAL

GUARRACINO, F., "Titolo di credito elettronico e documento informatico", en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 4, parte 1.ª (2001), p. 514.

— VALORES MOBILIARIOS

ACCIONES

GÖTZE, TH., *Aktienoption für Vorstandsmitglieder und Aktionärsschutz,* Baden-Baden (2001), 309 pp.

KÖNIG, J., "Der Dividendenverzicht des Mehrheitsaktionärs - Dogmatische Einordnung und praktische Durchführung", en Die AktienGesellschaft n.º 8 (2001), p. 399.

LENENBACH, M., "Aktienanleihen: Ihre Behandlung im Zivil- und Börsenterminrecht und nach dem AGBG", en NZG n.º 11 (2001), p. 481.

SCHOLZ, M., *Stock options in Deutschland und in den USA. Besteuerung bei nationalem und internationalem Personaleinsatz,* Wiesbaden (2001), 352 pp.

SIEGER/HASSELBACH, "'Tracking Stock' im deutschen Aktien- und Kapitalmarktrecht", en Die AktienGesellschaft n.º 8 (2001), p. 391.

VATER, H., *Stock options für Führungskräfte aus handelsund steuerrechtlicher Sicht,* Marburg, (2000), 161 pp.

OBLIGACIONES

FAUCEGLIA, G., *Le obbligazioni emesse dalle banche,* Milán (2000), pp. XIV-198.

— TÍTULOS CAMBIARIOS

CHEQUE

LUBRIANO, M., "Osservazioni a Cass. 10 marzo 2000, n. 2742, in tema di benefondi di assegno bancario, obblighi della banca negoziatrice e funzione del protesto", en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 4, parte 2.ª (2001), p. 411.

OLIVERI, G., "Questioni vecchie e nuove in tema d'incasso di assegni a mezzo stanza di compensazione", en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 4, parte 2.ª (2001), p. 466.

HIERRO ANIBARRO, S., *El Nuevo Mercado de valores tecnológicos*, Civitas, Madrid, 2001, 381 páginas.

El 10 de abril de 2000 se abrían en nuestro país las puertas del Nuevo Mercado, como segmento especial de negociación en las Bolsas de Valores para compañías enmarcadas en un sector tecnológicamente puntero o en un sector económico con elevadas posibilidades de crecimiento. España se unía, así, a la línea de constitución de Nuevos Mercados nacionales o pan-europeos que, desde el pionero AIM (*Alternative Investment Market*) el 19 de junio de 1995, se suceden en Europa a imagen y semejanza del NASDAQ (*National Association of Securities Dealers Automated Quotation*) neoyorquino.

La reciente monografía del profesor HIERRO ANIBARRO objeto de la presente recensión es la primera obra de la doctrina patria en la que se aborda de manera rigurosa y documentada la figura del Nuevo Mercado para los denominados "valores tecnológicos".

Aparte de un conciso y siempre interesante Prólogo (pp. 21-23) del profesor PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, comienza el libro con una Introducción (pp. 33-40) y un Capítulo I (pp. 41-66) donde el autor nos muestra las claves generales de los modelos de organización (Mercado extrabursátil y Mercado no regulado), contratación de valores (por órdenes o por precios) y ordenación jurídica (institucionalización, internacionalización, desregulación e impacto de nuevas tecnologías) del Nuevo Mercado.

Los Nuevos Mercados en Europa beben de la fuente del NASDAQ estadounidense. De ahí que el detallado y esmerado Capítulo II dedique sus páginas (67-148) a este Mercado y al organismo que cumple las funciones de su (auto)regulación, vigilancia o supervisión y control: NASD (*National Association of Securities Dealers*). (Sobre el tema, véase del mismo autor: "La Asociación Nacional de Intermediarios de Activos Financieros (NASD) y el Mercado NASDAQ", RDBB, 79 (2000), pp. 93-147).

El NASDAQ fue, asimismo, el modelo que a principios y mediados de los años ochenta se tomó en Europa para instaurar los Segundos Mercados (Capítulo III: pp. 149-221). Que no confunda el lector —no lo hace el autor— los Nuevos Mercados con los Segundos Mercados. Los Segundos Mercados se

idearon como fórmula de financiación de pequeñas y medianas empresas; los Nuevos Mercados son para empresas que, con independencia de su dimensión, innoven y/o tengan un gran potencial futuro de crecimiento. Se ha visto el escaso éxito o rotundo fracaso de los Segundos Mercados; el éxito o fracaso de los Nuevos Mercados está aún por ver.

Los Nuevos Mercados en el Reino Unido, Alemania, Francia, Italia y España son el centro de atención del profundo Capítulo IV (pp. 223-313) del libro de HIERRO ANIBARRO. La vocación internacional que poseen todos ellos se acentúa en el caso de los Nuevos Mercados pan-europeos. El Mercado EASDAQ *(European Association of Securities Dealers Automated Quotation*) —sustituido desde el 8 de junio de 2001 por el NASDAQ *Europe*— y la asociación EURO-NM —extinguida desde el mes de enero de 2001— son los dos Mercados pan-europeos que se atienden en el Capítulo V (pp. 315-353), último de la obra que se reseña.

Una nutrida Bibliografía (pp. 355-381), en buena parte obtenida en sus visitas a la Universidad de Harvard y al Instituto de Derecho Privado en Hamburgo, cierran este exhaustivo trabajo de investigación.

Todo aquel jurista o economista que guste de la materia bursátil está de enhorabuena porque con la salida al mercado de este libro del profesor HIERRO ANIBARRO puede apre(he)nder los modelos, sistemas y mecanismos de los Nuevos Mercados de valores tecnológicos. Es el primer libro que permite un conocimiento global; a buen seguro no será el último.

Marta García Mandoloniz.
Profesora Ayudante de Derecho Mercantil.
Universidad Carlos III de Madrid.