

INDICE

Página

ARTÍCULOS

- Las cobranzas sometidas a las reglas uniformes de la CCI en el Derecho Español. *María Jesús Guerrero Lebrón* 7
- La regulación de las “murallas chinas”: una técnica de prevención de conflictos de interés en el mercado de valores español. *Anna María Sala I Andrés* 49

CRÓNICA

- Atribución y distribución de responsabilidad civil por el uso no autorizado de tarjetas. *Ignacio Farrando Miguel y Joaquim Castañer Codina* 87
- Los contratos como herramienta para mitigar el riesgo en project finance. *Marta Azpitarte Melero* 105

JURISPRUDENCIA

- Omisión por el banco descontante de los actos conservativos del crédito. *Fátima Lois Bastida* 129
- El error del banco en la ejecución de una orden de transferencia: la emisión errónea de un duplicado de la orden. *Lucía Alvarado Herrera* 141
- La firma estampillada como causa de nulidad (que no de falsedad) del cheque. *Juan Sánchez-Calero Guilarte* 163

NOTICIAS

1.	Grecia se incorpora al euro. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	187
2.	La modificación de las sociedades rectoras de las bolsas de valores por la Ley 14/2000, de acompañamiento: su “desmutualización”. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	188
3.	Instrucción de 12 de diciembre de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre interpretación del artículo 86 de la Ley Hipotecaria en la nueva redacción dada por la Disposición Final Novena de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. <i>Alfonso Guilarte Gutiérrez</i>	190
4.	Régimen de encuadramiento en la Seguridad Social del administrador de una sociedad mercantil capitalista cuando, a su vez, es accionista mayoritario o minoritario de la sociedad accionista principal. <i>Antonio Tapia Hermida</i>	192
5.	Opciones sobre acciones: las cantidades derivadas del ejercicio de opciones sobre acciones concedidas por la empresa a los empleados como consecuencia de los contratos de trabajo no son salario. <i>Antonio Tapia Hermida</i>	196
6.	Código de conducta del Banco Europeo de Inversiones. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	201
7.	Sobre el problemático carácter salarial de las stock options. <i>Antonio Tapia Hermida</i>	202
8.	La segunda prórroga (hasta el 16 de noviembre de 2002) del plazo para exteriorizar los compromisos empresariales por pensiones. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	206
9.	Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas. <i>María Candelas Sánchez Miguel</i>	208
10.	Novedades sobre el Banco Central Europeo. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	215
11.	Jurisprudencia francesa sobre la responsabilidad de los bancos que gestionan carteras de inversión. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	217
12.	Novedades sobre firma electrónica. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	219
13.	Novedades sobre el euro. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	221

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía	225
------------------------	-----

ARTÍCULOS

LAS COBRANZAS SOMETIDAS A LAS REGLAS UNIFORMES DE LA CCI EN EL DERECHO ESPAÑOL

MARÍA JESÚS GUERRERO LEBRÓN

*Doctora en Derecho
Profesora Ayudante de la Universidad de Sevilla*

SUMARIO

- I. LAS COBRANZAS SOMETIDAS A LAS REGLAS UNIFORMES DE LA CCI EN EL DERECHO ESPAÑOL.
 1. **Consideraciones generales.**
 - A) Introducción.
 - B) Clases de cobranzas.
 2. **Las Reglas Uniformes relativas a las cobranzas de la CCI.**
 3. **El Derecho aplicable a las cobranzas.**
- II. FORMAS DE ARTICULAR LA COBRANZA SEGÚN LA CONFIANZA EXISTENTE ENTRE EL COMPRADOR Y EL VENDEDOR.
 1. **La cobranza documentaria.**
 - A) Los documentos de transporte.
 - B) La cláusula de reserva de dominio.
 - C) El *Incoterm* adecuado.
 2. **La cobranza simple.**

- III. LA PARTICIPACIÓN DE VARIOS BANCOS EN LA COBRANZA.
- IV. LAS RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LAS PARTES.
- V. LA COMISIÓN DE COBRO DEL BANCO REMITENTE.
- VI. OBLIGACIONES DEL BANCO PRESENTADOR.

1. La presentación de los documentos al librado.

2. La entrega de los documentos al librado.

- A) En caso de aceptación por el librado.
- B) En caso de pago efectuado por el librado.
 - a) *Pago inmediatamente disponible en la moneda pactada.*
 - b) *Pagos parciales.*
 - c) *Compensación con un crédito del librado.*
 - d) *Intereses.*

3. Forma de proceder en caso de que el librado se niegue a efectuar la aceptación o el pago.

- VII. LAS COMISIONES Y GASTOS DE LOS BANCOS QUE PARTICIPAN EN UNA COBRANZA.
- VIII. EL COBRO POR PARTE DEL CEDENTE.
- IX. LAS EXONERACIONES DE RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS.

1. Respecto a los actos del receptor de sus instrucciones.

2. Respecto a los documentos recibidos.

3. Respecto a la validez de los documentos.

4. Respecto a la transmisión y la traducción de los mensajes y documentos.

5. Por fuerza mayor.

X. BIBLIOGRAFÍA.

I. LAS COBRANZAS SOMETIDAS A LAS REGLAS UNIFORMES DE LA CCI EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Consideraciones generales

A) Introducción

La remesa o cobranza, que es el objeto de las *Reglas Uniformes relativas a las cobranzas* de 1995 (en adelante, RUC) de la Cámara de Comercio Interna-

cional (publicación n.º 522), consiste en una orden del exportador a su banco⁽¹⁾ para que éste obtenga del librado (comprador) la aceptación o el pago de los efectos enviados (cobranza simple), y, en su caso, entregue a cambio los documentos comerciales acordados (cobranza documentaria). Tal mecanismo, que aparece mencionado junto con el crédito documentario y otras formas de cobro bancarias en el artículo 17 del Real Decreto 2426/1979, de 14 de septiembre⁽²⁾, como medio de pago admisible para las exportaciones, a pesar de encontrarse entre los más utilizados en la práctica comercial internacional⁽³⁾ es una figura atípica que carece de regulación en nuestro Derecho.

La utilización de una cobranza como medio de pago representa ciertas ventajas tanto para el comprador como para el vendedor que quieren ejecutar de esta forma la compraventa⁽⁴⁾, pero en cualquier caso, la seguridad que la cobranza reporta a las partes es siempre inferior a la de un crédito documentario. De esta figura, a la que se asemeja por el papel primordial que en ambas desempeñan los documentos (comerciales o financieros) y por la intervención de un banco, se distingue la cobranza por dos notas fundamentales. En primer lugar,

(1) Conviene advertir que el término banco será utilizado en este artículo en el mismo sentido en que las RUC lo usan y no con el significado estricto que el término tiene en nuestro Derecho. A estos efectos, conforme a nuestra legislación bancaria, habrá que entender comprendidos en él, además de las entidades que según nuestro Ordenamiento jurídico tienen reservado el uso de esta denominación, el resto de las entidades de crédito (es decir, según el art. 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio —BOE n.º 155, de 20 de junio—, el Instituto Oficial de Crédito, las cajas de ahorro, la Confederación española de cajas de ahorro y las cooperativas de crédito), los establecimientos financieros de crédito que comprendan en su objeto social la actividad de financiación de transacciones comerciales (art. 1 del Real Decreto 692/1996, de 26 de abril —BOE n.º 126, de 24 de mayo—), tanto los constituidos en España, como las filiales y sucursales (art. 9.1 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio —BOE n.º 181, de 31 de julio de 1995—) establecidas en España de entidades de este tipo constituidas en el extranjero, así como los agentes de las entidades de crédito (arts. 2 y 22.1 del Real Decreto 1245/1995).

(2) Cfr. BOE n.º 54, de 20 de octubre.

(3) Como medios de pago posibles en el tráfico comercial internacional pueden citarse los billetes de banco, el cheque personal, el cheque bancario, la transferencia bancaria, la letra, el recibo y el pagaré, en los que comprador y vendedor ejecutan sus prestaciones sin ningún intermediario en el pago, y la cobranza y el crédito documentario que requieren la intervención de uno o más bancos.

(4) Al igual que sucede con el crédito documentario, la cobranza puede servir como medio de pago no sólo de una compraventa, sino de cualquier otro negocio (arrendamiento de servicios o de obra, asistencia técnica, comisión, agencia, etc.), pero su utilización generalizada en la práctica como sistema de pago en las compraventas internacionales hace que las RUC estén redactadas pensando principalmente en esta función (*vid.* en este sentido, BALLOSSINI, C.E., *Gli incassi tramite banca nelle norme internazionali uniformi della CCI* Milán, 1981, p. 41), y que a ella se aluda principalmente en este trabajo.

en la cobranza no existe garantía alguna por parte del banco de que la operación finalice con éxito, pues es el librado el que examina los documentos financieros o comerciales aportados por el vendedor, pudiendo tras el examen aceptarlos o rechazarlos y, por consiguiente, no efectuar el pago. El banco actúa tan sólo como un mero intermediario entre ambos, sin que la cobranza implique un mayor compromiso. Por ello, sólo será utilizada en aquellos supuestos en que exista cierto grado de confianza entre el comprador y el vendedor. La segunda nota que caracteriza a la cobranza es que, a diferencia de lo que sucede en el crédito documentario, en el que es el comprador (u ordenante del crédito) quien inicia los trámites, la iniciativa en el pago la tiene el vendedor, que es quien solicita la intervención del banco.

Por lo que se refiere a las ventajas que la cobranza puede reportar al vendedor, hay que decir que siempre que se hayan utilizado los documentos apropiados, le permitirá retener la propiedad de la mercancía hasta la aceptación o el pago de los efectos, si bien, como contrapartida, asume el riesgo de que, en caso de que no le satisfagan, los documentos no sean retirados por el comprador, y por consiguiente, la mercancía quede a su disposición pero en un país distinto al suyo. Por otra parte, aunque se conceda plazo al comprador, siempre que el pago se instrumente en efectos (letras de cambio, pagarés, cheques u otros documentos análogos) el vendedor dispondrá, con cierta facilidad, de un cauce para la financiación, solicitando a su banco que le adelante los fondos salvo buen fin.

El comprador, por su parte, puede negarse a efectuar el pago si no encuentra conformes los documentos, es más, si la entrega se realiza contra aceptación, podrá examinar las mercancías antes de efectuar el pago, lo que hará posible utilizar excepciones personales de pago frente al vendedor siempre que el documento cambiario no haya circulado⁽⁵⁾.

En la operación participan necesariamente el *cedente*⁽⁶⁾, que es el sujeto que encomienda a un banco la tramitación de la cobranza, encargándole que en su nombre y por su cuenta solicite del librado la aceptación o el pago de los

(5) En términos similares recoge las ventajas que reporta la utilización de la cobranza RUBIO SANZ, J., “Medios de pago y cobro internacionales”, *Comercio exterior. Curso de especialistas*, vol. 1, Madrid, 1996, 2.ª ed., p. 359.

(6) En la versión inglesa de las RUC 1995 se utiliza el término *principal*, que podría haberse traducido por “ordenante”. De hecho esta terminología es usada por algunos autores como MORENO GORMAZ, J.E., *Guía teórica y práctica del exportador*, Madrid, 1997, p. 93; RIVA, J.L., *Crédito documentario y otros mecanismos de pago en las operaciones de comercio exterior*, Buenos Aires, 1997, p. 28, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Medios de pago internacionales”, *Contratos internacionales* (dir. Calvo Caravaca y Fernández de la Gándara), Madrid, 1997, p. 799.

efectos presentados a cambio de la documentación que hubiesen acordado; el *librado*, que acabamos de mencionar y que será el que desempeñe el papel de comprador en la compraventa subyacente; así como uno o diversos bancos, que reciben distintos nombres según la posición que ocupen en la operación. El *banco remitente*, que es el banco al cual el cedente encomienda la tramitación de una cobranza; el *banco cobrador*, que es cualquier banco distinto del banco remitente, que interviene en la tramitación de la cobranza; y el *banco presentador*, que es el banco cobrador que efectúa la presentación.

De los sujetos que participan en una cobranza, lo normal será que el cedente y el banco remitente se encuentren en el mismo país, mientras que el banco presentador estará establecido normalmente en el país del librado, lo que le permitirá a éste efectuar el pago relacionándose con un banco situado en su misma plaza. La participación del banco cobrador estará justificada en la medida en que el banco remitente y el banco presentador no mantengan relaciones de corresponsalía, sirviendo de nexo de comunicación a ambas entidades.

B) Clases de cobranzas

Existen dos clases fundamentales de cobranzas según el tipo de documentos que las integren: las *cobranzas simples* y las *cobranzas documentarias*. En las *cobranzas simples* el vendedor sólo hace entrega de documentos financieros [art. 2.c) RUC], mientras que en las cobranzas documentarias, el vendedor remite documentos comerciales o documentos comerciales acompañados de documentos financieros. A estos efectos, el art. 2.b.i) RUC entiende comprendidos en el concepto de “documentos financieros” las letras de cambio, los pagarés, los cheques u otros instrumentos análogos utilizados para obtener el pago. Hay que tener presente que de los documentos financieros mencionados el único que libra el cedente es la letra de cambio. Por el contrario, el cheque y el pagaré habrán de ser confeccionados por el librado, por lo que para evitar que no resulten conformes al cedente, el art. 8 RUC recomienda a éste y a los bancos remitentes que envíen los documentos convenientes o, como alternativa, que faciliten al menos los detalles completos referentes a la forma y el texto de tales documentos, precepto que se recoge por primera vez en las RUC 1995⁽⁷⁾. Con esta previsión se evitará tener que emprender posteriormente acciones correctoras, en un momento en el que puede resultar demasiado tarde. La expresión “documentos comerciales” incluye “facturas, documentos de trans-

(7) Vid. CCI, *Reglas Uniformes relativas a las cobranzas. Comentario*, publicación n.º 550, Barcelona, 1996, p. 39.

porte, documentos de título y otros documentos análogos, o cualquier otro documento que no sea un documento financiero” [art. 2.b.ii) RUC].

Por otro lado, según cuál sea el momento en que el comprador vaya a efectuar el pago, las cobranzas pueden ser contra aceptación (conocidas en el comercio como D/A), contra pago (D/P) y contra *trust receipt* o *letter of indemnity* [art. 2.a) RUC]. La primera modalidad se utiliza en los supuestos en que el vendedor aplaza el pago al comprador y el banco se limita a solicitar de éste la aceptación, devolviendo los documentos financieros aceptados, o bien, guardándolos para gestionar posteriormente el cobro del efecto aceptado, según si las instrucciones de cobro son de “aceptar y devolver” o “aceptar y guardar”⁽⁸⁾. Hay que tener en cuenta que la aceptación de un efecto tan sólo proporciona al cedente un instrumento con fuerza ejecutiva para poder reclamar el cobro, pero no evita que finalmente se produzca el impago por voluntad del librado o como consecuencia de dificultades políticas nacionales⁽⁹⁾. También menciona la doctrina la posibilidad de que se pacte un pago aplazado sin librar ningún efecto, produciéndose la entrega de los documentos comerciales cuando el banco presentador o cobrador garantice de alguna manera el pago⁽¹⁰⁾. En la cobranza contra pago, el banco quedará obligado a entregar los documentos financieros o los documentos comerciales o los documentos financieros y comerciales cuando el comprador satisfaga su importe. Finalmente, la cobranza contra *trust receipt*, permite que se entreguen los documentos al importador antes de que éste efectúe el pago o la aceptación en el caso de que la mercancía deba ser sometida a determinados controles para que se

(8) Las remesas “aceptar y guardar” son las menos usadas en la práctica porque implican la inmovilización de unos activos que pueden liquidarse con facilidad (*vid.* MONTERO VILARIÑO, M.³ D., *El comercio internacional: normativa, medios de cobro y pago, financiación, operaciones especiales*, Vigo, 1993, p. 95).

(9) Para cubrir el riesgo de impago en caso de una venta internacional se puede suscribir un seguro de crédito a la exportación, cuyas condiciones generales se encuentran aprobadas por Orden de 16 de abril de 1983 (BOE n.º 126, de 27 de mayo). En virtud del citado seguro, la “Compañía Española de Seguro de Crédito a la Exportación, S.A.” garantiza al cedente asegurado una indemnización por la pérdida neta definitiva que pueda experimentar como consecuencia de la falta de pago total o parcial del crédito que haya otorgado al librado, por alguna de las causas previstas en las condiciones generales de contratación, que abarca tanto los riesgos comerciales (quiebra o suspensión de pagos declarada del deudor, entre otros), como los riesgos políticos y extraordinarios (art. 3). La indemnización abarcará el porcentaje del crédito que se haya acordado en las condiciones particulares, pero no alcanzará a las cantidades que se adeuden al Asegurado por intereses de demora, comisiones, timbres, quebrantos, gastos de devolución o renovación de efectos y, en general, por cualquier concepto que forme capítulo aparte del principal e intereses del crédito objeto del seguro (art. 4).

(10) *Vid.* MORENO GORMAZ, J.E., *cit.*, p. 100.

autorice la importación⁽¹¹⁾ o que las partes hubiesen acordado un contrato de inspección en destino⁽¹²⁾. En esos supuestos, el *trust receipt* y la *letter of indemnity* deben redactarse conforme a las instrucciones que hubiese impartido el cedente o en su nombre el banco remitente (art. 8 RUC).

Una tercera clasificación de las remesas puede hacerse en función de los bancos que intervengan en la operación, y en este sentido puede hablarse de *remesas directas o indirectas*⁽¹³⁾. En las *remesas directas* el exportador se pone en contacto directamente con el banco presentador, esto es, con el banco que, establecido en la plaza del librado, va a presentarle los documentos. Aunque en este supuesto se produce un ahorro considerable de comisiones para el exportador, ya que no es raro que las partes de la compraventa hayan acordado que cada uno se haga cargo de las comisiones generadas en su propio país, el cedente no contará con la intermediación de un banco de su confianza, ya que el banco presentador será normalmente el banco del librado⁽¹⁴⁾. Por el contrario en las *remesas indirectas* el exportador entrega los documentos a su banco, banco remitente, para que éste los entregue al banco presentador o a cualquier otro banco cobrador que participe en la operación. En la práctica la mayoría de las remesas se tramitan de esta manera, puesto que aunque implican un mayor

(11) La entrega de los documentos contra *trust receipt* es muy frecuente para facilitar el pago de mercancías adquiridas por un comprador en Estados Unidos pues permite entregar los documentos al importador sin previo pago, con el fin de que éste pueda efectuar los trámites exigidos por la Administración sanitaria (*Food and Drug Administration*) (vid. RUBIO SANZ, J., *cit.*, pp. 361 y MONTERO VILARIÑO, M.^a D., *cit.*, p. 95). La institución del *trust* es propia del sistema del *Common Law*, por ello, con el objeto de poner fin a las dificultades que los sistemas de Derecho internacional privado del Derecho civil han experimentado para aportar soluciones a los problemas generados por los *trust* angloamericanos, y como cauce de comunicación que permita que *trust* creados en el ámbito del *Common Law* puedan desplegar sus efectos en jurisdicciones del sistema de Derecho civil, la Conferencia de La Haya sobre Derecho internacional privado aprobó el 1 de julio de 1985 el *Convenio sobre Ley aplicable al trust y su reconocimiento*. Dicho convenio está en vigor a 6 de junio de 2000 para Australia, Canadá, Hong Kong, Irlanda del Norte, Italia, Malta, Países Bajos y Reino Unido (además, y aunque no esté en vigor para ellos, ha sido firmado por Chipre, Estados Unidos, Francia y Luxemburgo) (vid. <http://www.hcch.net/f/status/stat30f.html>).

(12) Vid. en este sentido MONTERO VILARIÑO, M.^a D., *cit.*, p. 100.

(13) A ella se refieren MORENO GORMAZ, J.E., *cit.*, p. 93 y CANTOS, M., *Introducción al comercio internacional*, Madrid, 1998, p. 159.

(14) Cuando el remitente se dirige directamente al banco cobrador o presentador sin contar con los servicios de un banco remitente, no sólo se priva a la cobranza de cierta seguridad sino que se impide que se produzca un adelanto de los fondos [vid. SCHINNERER, E., "Collection by banks and its documents", *The Law of International Trade Law* (ed. Norbert Horn), vol. 6, Boston, 1989, p. 192].

coste, las partes se aseguran un mejor cumplimiento de las obligaciones asumidas por todos los intervinientes.

2. Las Reglas Uniformes relativas a las cobranzas de la CCI

La necesidad de regular los aspectos jurídicos de las remesas o cobranzas ha venido contemplada por la CCI desde 1938, pero la elaboración de unas Reglas Uniformes en esta materia se demoró hasta 1956, fecha en la que se publicaron las “Reglas sobre el cobro del papel comercial” (publicación n.º 192 de la CCI). La escasa acogida de este trabajo⁽¹⁵⁾ motivó que la Comisión de Técnicas y Prácticas Bancarias se plantease su revisión, consecuencia de la cual surgió una nueva versión el 14 de mayo de 1967 (publicación n.º 254), que entró en vigor el 1 de enero de 1968 recibiendo la adhesión de asociaciones bancarias de 77 países. No obstante, se procedió a una posterior revisión de las citadas reglas con el objeto de incluir en su enunciado tanto el cobro de los documentos financieros (letra de cambio, pagaré, cheque, etc.) como el de los documentos comerciales (facturas, documentos de expedición, documentos de seguro, etc.). El resultado de esta labor fue la publicación en 1978 de las “Reglas Uniformes relativas a las cobranzas” (publicación n.º 322 CCI), que entraron en vigor el 1 de enero de 1979⁽¹⁶⁾. Con posterioridad se produjo una nueva revisión de las comentadas Reglas que es la que se halla actualmente en vigor: “Reglas Uniformes relativas a las cobranzas”, publicación n.º 522, Barcelona, 1995⁽¹⁷⁾. A dicha versión se han adherido bancos o asociaciones bancarias de ochenta países, entre los que se encuentra España

(15) Tan sólo fue adoptada por Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Italia, Japón, Noruega, Suecia, Suiza y Yugoslavia (*vid. BONTOUX, C., “Règles Uniformes pour l’encaissement de papier commercial. Nouveau Code révisé (1967) de la CCI”, Banque, 1968, n.º 259, p. 35 y BALOSSINI, C.E., Gli incassi tramite banca nelle norme internazionali uniformi della CCI, Milán, 1981, p. 18, nota 36, aunque este último autor recoge algunos países menos).*

(16) La banca privada española se adhirió a esta revisión de las Reglas mediante acuerdo del Pleno del Consejo Superior Bancario de 26 de febrero de 1979, circular XX/79 (cfr. CREMADES, en la introducción a la obra *Régimen jurídico de las técnicas bancarias en el comercio internacional*, Madrid, 1980, p. 13).

(17) *Vid. CHECA MARTÍNEZ, voz “Medios de pago internacionales”, en Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, 1995, pp. 4251 y 4252.*

(adhesión de la Asociación Española de Banca Privada en noviembre de 1996)⁽¹⁸⁾.

El art. 1.a) RUC dispone que serán de aplicación siempre que así se establezca en el texto de la “instrucción de cobro” y que obligan a todas las partes salvo que se haya convenido de otra forma y de manera expresa o que sean contrarias a las leyes estatales o locales imperativas⁽¹⁹⁾. Su contenido es consecuencia lógica de la naturaleza de estas Reglas, las cuales, de igual manera que las que, provenientes del mismo organismo, se encargan de regular los créditos documentarios, pueden encuadrarse desde la óptica del Derecho español dentro de las condiciones generales de la contratación⁽²⁰⁾, con independencia de que alguna de las cláusulas que contienen alcancen el rango de uso o costumbre⁽²¹⁾.

En efecto, con carácter general debemos negar el carácter de uso o costumbre de las RUC, dado que no confluyen en ellas los elementos que se predicen de esta fuente del Derecho. Como es sabido, el uso o costumbre mercantil lo conforman la *consuetudo* (hecho material externo de la repetición de actos) y la *opinio necessitatis* (elemento interno que consiste en considerar la conducta como ajustada a una norma jurídica), elementos ambos que no están presentes en las Reglas que comentamos. Por lo que se refiere a la ausencia del primero de los elementos mencionados hay que decir que aunque no cabe duda de que el origen de la figura de la cobranza se encuentra en la práctica mercantil, las

(18) Los países o territorios de régimen especial que se han adherido a las RUC son, por orden alfabético: Alemania, Antillas holandesas, Argentina, Australia, Austria, Bahrain, Bélgica, Birmania, Brasil, Canadá, República Checa, Chile, China, Chipre, Confederación de Estados Independientes (CEI), Islas Cook, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Emiratos Árabes Unidos, Eslovenia, Eslovaquia, España, Fiyi, Filipinas, Finlandia, Francia, Holanda, Gibraltar, Gran Bretaña, Grecia, Guatemala, Hong Kong, Hungría, India, Israel, Italia, Japón, Jordania, Corea, Líbano, Luxemburgo, Malasia, Malí, Malta, Marruecos, México, Mónaco, Myanmar, Nueva Caledonia, Nueva Zelanda, Nicaragua, Isla Niue, Noruega, Panamá, Paraguay, Perú, Polinesia francesa, Polonia, Portugal, Rumanía, Sudáfrica, Salomón, Samoa Oeste, Singapur, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Tailandia, Taipei china, Tonga, Túnez, Turquía, Tuvalu, Uruguay, Vanuatu, Vietnam y Yugoslavia (<http://www.iccbo.org/Commissions/Banking/779rev9.htm>).

(19) Es necesario aclarar que las cobranzas comprendidas en el ámbito de aplicación de estas Reglas son las gestionadas por bancos. Para el resto de las cobranzas no tramitadas por bancos no se incluyen reglas específicas ya que el grupo de trabajo que las formuló carecía de prácticas conocidas sobre las que poder trabajar (*vid. CCI, Reglas Uniformes relativas a las cobranzas. Comentario*, publicación n.º 550, Barcelona, 1996, p. 12).

(20) *Vid. en este sentido SCHINNERER, E., cit., p. 189.*

(21) No obstante, algún autor ha afirmado que serán de aplicación “a menos que se acuerde otra cosa, o sean contrarias a las leyes, disposiciones y/o reglamentaciones nacionales, provinciales o locales que no puedan ser contravenidas”, lo que equivale a la calificación de estas Reglas como costumbre (*vid. MORENO GORMAZ, J.E., cit., p. 102*).

cláusulas que integran las Reglas de la CCI no son siempre reflejo de las conductas repetidas en la práctica, sino que, en la mayoría de las ocasiones, su contenido responde a una formulación *ex novo* de sus redactores con el objeto de racionalizar la institución⁽²²⁾. A este respecto conviene recordar que, aunque la CCI es una organización no gubernamental que sirve de foro a los principales sectores implicados en el comercio internacional, en su seno tienen un peso específico las voces del sector bancario a cuyos intereses responden en la mayoría de las ocasiones las Reglas formuladas⁽²³⁾. En cuanto al segundo elemento integrante de la costumbre, la *opinio neccessitatis*, difícilmente puede apreciarse en las RUC cuando su vigencia positiva aparece condicionada, como claramente se expresa en su art. 1, a la voluntad de las partes⁽²⁴⁾.

Por el contrario, las RUC parecen ajustarse perfectamente a la definición de condiciones generales de la contratación que ofrece la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE n.º 89, de 14 de abril): “cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato [viene] impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualquier otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”. Eso significa que, aunque las partes se sometan a las Reglas prevalecerán las condiciones particulares de aquéllas sobre éstas⁽²⁵⁾, con la única salvedad, siempre que resulte de aplicación el Derecho español, de que lo dispuesto en las condiciones generales resulte más beneficioso al adherente (art. 6 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación), en cuyo caso, prevalecerán éstas sobre aquéllas.

(22) *Vid.*, en este sentido, ILLESCAS ORTIZ, R., “El Derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática”, *RDM*, 1993, n.º 207, p. 60.

(23) Esta opinión es defendida en relación con los créditos documentarios por CHECA MARTÍNEZ, M., *El crédito documentario en el Derecho del comercio internacional*, Madrid, 1994, p. 88; CAPRIOLI, E.A., *Le crédit documentaire: evolution et perspective*, París, 1992, p. 175; MARIMÓN DURÁ, R., “Naturaleza de las Reglas y Usos Uniformes para los créditos documentarios de la CCI. (Comentario a la STS de 9 de octubre de 1997)”, *CDC*, n.º 27, p. 292; y GUERRERO LEBRÓN, M.J., “La responsabilidad del banco avisador en las operaciones de crédito documentario”, *CDC*, n.º 27, p. 157, nota 6. No obstante, en el completo comentario que BALOSSINI realiza de la versión de 1978 de las RUC, destaca junto a los preceptos que defienden en mayor medida los intereses de los bancos, algunos que se han introducido para tutelar a la clientela, por lo que en su opinión hay una protección equilibrada de ambas partes (*vid.* BALOSSINI, C.E., *cit.*, p. 49).

(24) *Vid.*, en este sentido, ILLESCAS ORTIZ, R., *cit.*, p. 66.

(25) En este mismo sentido *vid.* SCHINNERER, E., *cit.*, p. 192.

Conviene mencionar en este apartado que la *International Standard Organization* ha redactado un formulario tipo de cobranzas bajo el título *Collection Form* (ISO 10.043:1994).

3. El Derecho aplicable a las cobranzas

Las partes implicadas en una cobranza documentaria podrán resolver sus conflictos acudiendo a alguna instancia arbitral⁽²⁶⁾ o bien al Tribunal al que se hayan sometido o que resulte competente. Salvo en el caso de que el órgano arbitral realice un arbitraje de equidad, tanto este órgano como el Tribunal nacional al que le corresponda resolver el caso habrán de aplicar las RUC siempre que las partes se hayan sometido a ellas [art. 1.a) RUC], interpretándolas, completándolas, e incluso corrigiéndolas en la medida en que resulte necesario, conforme al Derecho nacional que resulte aplicable, dado el ámbito internacional de la operación. Para ello, siempre que se trate de un litigio planteado en España, habrá que acudir a las soluciones ofrecidas por el Convenio de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de junio de 1980⁽²⁷⁾ (en adelante, CR), y, en lo que quede fuera del ámbito de las obligaciones contractuales, a las disposiciones contenidas en el art. 10 del Código Civil.

Según el citado convenio, la Ley española será de aplicación cuando haya sido libremente elegida por las partes (art. 3 CR) y, a falta de elección, cuando sea la que presente los vínculos más estrechos con el negocio (art. 4.2 CR). A este respecto, se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en el cual la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central.

La aplicación de Convenio de Roma a una operación como la cobranza, en la que se yuxtaponen diversos contratos, exige la escisión de todos esos vínculos jurídicos para la determinación de cuál es la Ley aplicable a cada uno de ellos. Con este fin podemos desmembrar la cobranza en la relación existente entre el cedente y el banco remitente, la que vincula al cedente con el resto de

(26) A nivel internacional es destacable la labor realizada por el Tribunal Arbitral de la CCI. Asimismo, existen instancias especializadas en la resolución de problemas originados en la ejecución de los créditos documentarios, los *Documentary Credit Dispute Expertises* de la CCI y el *International Center for Letter of Credit Arbitration* del *International Banking Law & Practice*.

(27) Convenio ratificado por España mediante Instrumento de 7 de mayo de 1993 (BOE n.º 171, de 19 de junio de 1993, con corrección de errores en BOE n.º 189, de 9 de agosto de 1993), que está en vigor desde el 1 de septiembre de 1993.

los bancos que participen (cobradores o presentadores) y la que se aprecia entre los distintos bancos intervinientes.

Por lo que respecta a la relación entre el cedente y el banco remitente, será de aplicación la Ley del lugar donde esté establecido el banco⁽²⁸⁾, lo que en la mayoría de las ocasiones nos llevará a someter la operación a la ley del lugar donde esté establecido el propio cedente, al menos así será en las que hemos denominado *cobranzas indirectas* (en las que el exportador entrega los documentos a un banco de su misma plaza, que funcionará como remitente, para que éste los remita al banco presentador o a cualquier otro banco cobrador que participe en la operación)⁽²⁹⁾, que son las que más frecuentemente se presentan en la práctica.

En cuanto a la relación entre el cedente y el resto de los bancos que intervengan en la cobranza, presentador o cobrador/es, dada la inexistencia de vínculo contractual entre ellos, el art. 10.9.I Cc impone la aplicación a las obligaciones no contractuales de la Ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho del que deriven, lo que puede llevarnos en la mayoría de los casos a tener que recurrir a la Ley del lugar donde esté establecido el banco intermediario.

Por último, las relaciones interbancarias se registrarán por el Derecho del lugar donde esté establecido el banco que haya de ejecutar el encargo, es decir, para solucionar los conflictos que pudieran surgir entre el banco remitente y el banco cobrador habrá que aplicar la Ley del lugar donde esté establecido el banco cobrador, y para solventar los litigios entre éste y el banco presentador, la del banco presentador.

Ahora bien, dado que en las cobranzas se gestiona el cobro de documentos financieros, habrá que considerar las normas específicas que, en España, como en la mayoría de los países, rigen los conflictos de leyes en esta materia, es

(28) De la misma opinión *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *cit.*, p. 802, quien añade que en el supuesto poco frecuente de que el banco remitente dispusiera de sucursal en el Estado del importador, sería aplicable el art. 4.2 CR, que afirma que debe tomarse en consideración a los efectos de determinar la ley aplicable la sede del establecimiento, aun no principal, que debe realizar la prestación característica (que a su juicio en este contrato consiste en lograr el cobro contra la entrega de los documentos), a menos que, en el caso concreto, pueda deducirse del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país (art. 4.5 CR). A nuestro entender, en pocas ocasiones será relevante lo dispuesto en el art. 4.2 CR, siendo de aplicación en la mayoría de los supuestos la regla del art. 4.5 CR. Justifica nuestra afirmación el hecho de que en una cobranza en la que participe alguna sucursal del establecimiento que funcione como banco remitente pueden encontrarse vínculos más estrechos con el país del banco remitente, donde además se halla el cedente, que con el país donde se encuentre la sucursal, donde sólo se hallaría, en caso de que ésta funcionase como banco presentador, el librado, que no es parte en el contrato de cobranza.

(29) *Vid.*, *infra*, epígrafe I.1.B).

decir, los arts. 98 a 105, para la letra de cambio y el pagaré, y los arts. 162 a 167, para el cheque, de la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque⁽³⁰⁾ a la hora de solventar los concretos problemas que se planteen en cuanto a las formas que ha de reunir el documento, el contenido y efecto de las obligaciones de las partes, la capacidad de los contratantes, y la ejecución de las obligaciones pactadas⁽³¹⁾.

II. FORMAS DE ARTICULAR LA COBRANZA SEGÚN LA CONFIANZA EXISTENTE ENTRE EL COMPRADOR Y EL VENDEDOR

Hemos visto que existen diversas modalidades de cobranzas según el tipo de documento que se aporta, el momento en que éstos se entregan o el número de bancos que participa en la operación. Todas estas posibilidades han de ser barajadas por las partes, que podrán diseñar la operación de cobranza adaptándose mediante cualquiera de sus variantes al nivel de confianza que exista entre ellas. Si existe una estrecha relación mercantil entre el importador y el exportador, este último enviará la mercancía y los documentos directamente al importador y posteriormente le remitirá un efecto mediante remesa simple para su aceptación y/o pago. En el lado opuesto puede ubicarse el supuesto en que las partes no hayan tenido previas relaciones comerciales, en cuyo caso, lo normal será que el exportador no remita los documentos comerciales al importador hasta después de que éste le haya hecho llegar un cheque, o, al menos, un pagaré aceptado; sólo en ese supuesto se requerirá la intervención de uno o más bancos para gestionar el cobro del efecto a través de una remesa simple. En una posición intermedia se encuentra la situación en la que el vendedor utiliza a un banco para remitir los documentos comerciales (en su caso acompañados de documentos financieros) al comprador, dándole instrucciones de que no los entregue al comprador hasta que no haya obtenido el pago o la aceptación de los efectos⁽³²⁾, lo

(30) Cfr. BOE n.º 172, de 19 de julio (corrección de errores en BOE n.º 249, de 17 de octubre).

(31) A este respecto puede verse GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Las normas sobre «conflictos de leyes» en materia de letra de cambio, pagaré y cheque: presupuestos, soluciones y problemas”, *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Madrid, 1986, pp. 953 a 978.

(32) *Vid.* MORENO GORMAZ, J.E., *cit.*, p. 103.

que responde a la inserción en la compraventa subyacente de la tradicional cláusula “pago contra documentos”⁽³³⁾.

1. La cobranza documentaria

El último de los supuestos contemplados, la cobranza documentaria, que es el que más frecuentemente se presenta en la práctica⁽³⁴⁾, requiere para su funcionamiento eficaz, como medio de cobro seguro para el exportador, no sólo que éste haya completado correctamente las instrucciones de cobro que entrega al banco, sino que en las condiciones previstas en la compraventa subyacente se hayan tenido en cuenta algunos parámetros, particularmente que el tipo de documento de transporte utilizado permita retener al vendedor la propiedad de la mercancía hasta el momento en que sea entregada al comprador. En caso de que no se haya utilizado un documento de este tipo las partes podrán estipular una reserva de dominio, cláusula cuyos efectos no son equiparables en todos los países. Por otra parte, será importante que las partes hayan utilizado el Incoterm adecuado, y que hayan tenido en cuenta los requisitos exigidos para la importación de mercancías por la legislación del país del importador⁽³⁵⁾. Cualquiera de estos aspectos, de no haberse valorado, puede determinar que la cobranza no cumpla su cometido.

A) Los documentos de transporte

En cuanto al documento de transporte pactado, hay que tener en cuenta que, dado que lo que se pretende con una cobranza documentaria es que el comprador no obtenga la mercancía hasta que no haya procedido a la aceptación o al pago de los efectos (o al menos a la firma de algún documento que recoja su compromiso como un *trust receipt* o una *letter of indemnity*), tal objetivo sólo se conseguirá si se utiliza como documento de transporte un título de tradición, es decir, un título que sea necesario presentar para el rescate de la mercancía.

(33) Sobre esta cláusula pueden verse BRUGI, B., “Pagamento contro documenti e pagamento con apertura di credito”, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1922, II, pp. 681 a 684; ARENA, A., “Sulla clausola «pagamento contro documenti»”, *Rivista del Diritto della Navigazione*, 1941, pp. 116 a 131; y JIMÉNEZ DE PARGA, R., “Pago contra documentos”, *Estudios en homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, 1971, pp. 167 a 180.

(34) Vid. ICC, *Guide to collection operations for the ICC Uniform Rules for Collections (URC 522)*, publicación n.º 561, París, 1996, p. 29.

(35) Vid. RUBIO SANZ, J., *cit.*, p. 363.

De los documentos utilizados en el tráfico en los distintos medios de transporte no todos tienen este carácter. Precisamente en los últimos años está proliferando el uso de documentos que no son títulos de tradición, con el objeto de eludir los inconvenientes que lleva aparejada su utilización⁽³⁶⁾. En el transporte marítimo, junto al conocimiento de embarque marítimo, cuya consideración como título de tradición no plantea dudas, se usa la llamada carta de porte marítimo o *sea waybill*, que no es necesario mostrar al porteador para reclamar la entrega de la mercancía, por lo que permite que ésta se descargue antes de que los documentos lleguen al puerto⁽³⁷⁾. En el medio terrestre y en el aéreo, los documentos que tradicionalmente han servido para formalizar el contrato de transporte tampoco suelen tener naturaleza de título de tradición. Así sucede con la carta de porte terrestre sujeta al CMR⁽³⁸⁾, que regula el transporte internacional de mercancías por carretera, con la carta de porte sometida al Convenio de Berna sobre transporte internacional de mercancías por ferrocarril⁽³⁹⁾, o

(36) La inmovilización de la mercancía en el punto de destino, como consecuencia de la presencia de ésta antes de la llegada de los documentos, implica un alto coste que las partes tratan de evitar mediante la emisión de cartas de garantía al desembarque (en las que el destinatario que recoge la mercancía sin mostrar el documento se compromete a indemnizar al porteador si alguien legitimado para ello le exige la entrega de la mercancía) o formalizando el transporte en documentos que no es preciso presentar para el rescate de la mercancía.

(37) La carta de porte marítimo puede venir sometida a las Reglas Uniformes elaboradas por el Comité Marítimo Internacional (CMI), que se aplicarán cuando sean adoptadas por las partes en un contrato de transporte en el que no se ha emitido un conocimiento de embarque o un documento similar [art. 1.ii) Reglas CMI]. De acuerdo con la Regla 7 el porteador entregará las mercancías al destinatario previsto tras su adecuada identificación, sin asumir responsabilidades por una entrega errónea siempre que pruebe que actuó con el cuidado razonable para cerciorarse de que la parte que reclamó la mercancía era, en efecto, el destinatario.

(38) La carta de porte CMR se expide en tres ejemplares: el primero es enviado al remitente, el segundo acompaña a la mercancía y el tercero es retenido por el transportista (art. 5 del Convenio de 19 de mayo de 1956, al que España se adhirió por Instrumento de 12 de septiembre de 1972 —BOE n.º 109, de 7 de mayo de 1994 y corrección de errores BOE n.º 142, de 15 de junio de 1995—, posteriormente modificado por un Protocolo hecho en Ginebra al que España se adhirió por Instrumento de 23 de septiembre de 1982 —BOE n.º 303, de 18 de diciembre—), lo que significa que ni siquiera hay un ejemplar para el destinatario, quien sólo tendrá que acreditar su identidad para recibir la mercancía.

(39) El transporte internacional de mercancías por ferrocarril encuentra su regulación hoy en día en el Convenio suscrito en Berna el 5 de mayo de 1980 (Instrumento de ratificación de 16 de diciembre de 1981 —BOE n.º 16, de 18 de enero de 1986, y n.º 125, de 26 de mayo de 1986—), concretamente en el anejo B a dicho Convenio, que posteriormente ha sido modificado por el Protocolo de 20 de diciembre de 1990 (Instrumento de ratificación de 1 de septiembre de 1992 —BOE n.º 230, de 23 de septiembre de 1996—), y al que se han añadido las Disposiciones complementarias de 26 de noviembre de 1993 (BOE n.º 135, de 6 de junio de 1977). Para su aplicación se exige, entre otras condiciones, la emisión de una carta de porte directa, de la cual se expedirá un original para el transportista y un duplicado para el expedidor.

con la carta de porte aérea sometida al Convenio de Varsovia⁽⁴⁰⁾, ninguno de los cuales es preciso mostrar al porteador para llevar a cabo la recepción de la mercancía. Por lo que se refiere al transporte multimodal, la naturaleza del documento depende de la opción que hayan tomado las partes, pues en la práctica existen modelos de documentos negociables junto a otros no negociables⁽⁴¹⁾.

Con el objeto de paliar este inconveniente, se suele expedir la mercancía, no al comprador, sino al banco presentador, que no la pondrá a disposición del comprador hasta que éste pague o acepte los efectos, según la modalidad de cobranza empleada⁽⁴²⁾.

(40) La carta de porte aérea sometida al Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 (suscrito por España el 31 de enero de 1930 —Gaceta n.º 233, de 21 de agosto de 1931—; modificado por el Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1995, al que se adhirió España el 6 de diciembre de 1965 —BOE n.º 133, de 4 de junio de 1973—; y Protocolos Adicionales núms. 1 y 2, de 25 de septiembre de 1975, ratificados por Instrumento de 20 de diciembre de 1984 —BOE n.º 147, de 20 de junio de 1997—) se concibe como un documento que se expide en tres ejemplares originales. El primer ejemplar llevará la indicación “para el porteador”. El segundo ejemplar llevará la indicación “para el destinatario”, será firmado tanto por el cargador como por el porteador y remitido por éste al cargador, previa a la aceptación de la mercancía. El tercer ejemplar será firmado por el porteador y remitido por éste al cargador. Hay que advertir que, a pesar de que tal como la configura el Convenio de Varsovia es posible que la carta de porte se emita como documento negociable (art. 15.3 CV), lo cierto es que la práctica del transporte aéreo (y ejemplo de ello es el documento emitido por la IATA —*International Air Transport Association*—), y la tendencia actual de los documentos de transporte, imponen la emisión en la forma no negociable.

(41) En la actualidad no existe ningún Convenio internacional vigente que se ocupe de la regulación del transporte multimodal, pues el Convenio de las Naciones Unidas en materia de transporte multimodal, adoptado en Ginebra el 24 de mayo de 1980, no ha entrado aún en vigor por falta del número suficiente de ratificaciones. No obstante existen documentos de transporte tipo aprobados por organizaciones internacionales cuyo uso se encuentra muy extendido, así como unas Reglas de la UNCTAD (*United Nation Conference on Trade and Development*) y la CCI a la que se someten algunos de ellos. Entre los documentos de transporte multimodal con carácter negociable más usados en la práctica se encuentran el **COMBICONBILL** aprobado por la BIMCO (*The Baltic and International Maritime Conference*) en enero de 1971 y revisado en 1995; el **MULTIDOC 95**, emitido por la BIMCO en 1995 y sujeto a las *Reglas de la UNCTAD y la CCI relativas a los documentos de transporte multimodal* (publicación n.º 481 de la CCI); y el **FBL** (*Fiata combined transport bill of lading*) aprobado por la FIATA (Federación Internacional de Asociaciones de Transitarios y Asimilados). Junto a los documentos mencionados existen otros que no tienen naturaleza de título de tradición, como son el **COMBICONWAYBILL** (*Combined Transport Sea Waybill*), emitido por la BIMCO en 1995 y sujeto a las *Reglas del CMI para las cartas de porte marítimas*, y el **MULTIWAYBILL 95**, emitido por la BIMCO en 1995 y sujeto a las *Reglas de la UNCTAD y la CCI relativas a los documentos de transporte multimodal* y a las *Reglas del CMI para las cartas de porte marítimas*.

(42) En casos extremos la mercancía puede ir dirigida a un transitario digno de confianza del país importador, ordenándole que la guarde hasta que el banco le haga saber que ya ha sido pagado por el importador (*vid.* ÇAKIROGLU, I.S., *Crédit documentaire*, 2.ª ed., París, 1990, pp. 90 y 91).

No obstante, los redactores de las RUC 1995, partiendo del hecho de que los bancos no están habilitados para negociar con mercaderías, establecen en el art. 10.a) RUC que los géneros no deben enviarse directamente a la dirección de un banco sin su consentimiento previo, pues si así se actúa sin que el banco haya accedido, éste no estará obligado a hacerse cargo de las mercancías, cuyo riesgo y responsabilidad continuará asumiendo su expedidor. Es más, según los apartados b) y c) del mismo artículo, el hecho de que el banco acepte que las mercancías sean consignadas a su nombre no implica que asuma ninguna obligación de actuar respecto a ellas, almacenándolas o asegurándolas, aunque se le hayan impartido instrucciones expresas en ese sentido. Además se dispone que si, aun en ausencia de instrucciones específicas, el banco adopta medidas para protegerlas, a pesar de que debe comunicarlo sin demora al banco del que recibió la instrucción de cobro, no asumirá responsabilidad por el estado en que se encuentren, ni por las acciones u omisiones de los terceros que estén encargados de su custodia.

Al margen de todas las salvedades apuntadas, que son precauciones lógicas de los bancos cuando realizan gestiones en un ámbito que escapa de su campo normal de actuación, cuando las mercancías han sido expedidas a nombre del banco cobrador o a su orden y el librado ha atendido la cobranza, se entenderá que éste ha sido autorizado para disponer la entrega de la mercancía [art. 10.e.i) RUC].

B) La cláusula de reserva de dominio

En los supuestos en que el vendedor no puede utilizar el documento de transporte tendrá que recurrir a una reserva de dominio⁽⁴³⁾, *“estipulación adicional a un contrato de compraventa en virtud de la cual el vendedor se reserva el Derecho de propiedad de los bienes vendidos hasta que el comprador haya*

⁽⁴³⁾ Vid. RUBIO SANZ, J., *cit.*, p. 362. La cláusula de reserva de dominio presenta multitud de variantes en la práctica, entre las que se encuentra la llamada cláusula de reserva de dominio vertical que pretende, con la prolongación de la reserva, preservar al vendedor de dos eventos que pueden minar la integridad de la garantía que ostenta sobre la deuda el comprador: la reventa por éste del bien vendido, o su transformación por adjunción, especificación o conmixti6n. La cláusula de reserva de dominio simple lleva consigo la prohibici6n para el comprador de disponer del bien vendido, sin embargo, con la cláusula de reserva de dominio vertical, el vendedor, en previsi6n de una reventa que, pese a su ilicitud puede hacer decaer sus derechos ante los privilegios que disfruta el tercer subadquirente de buena fe, puede permitir al comprador disponer del bien, hecho que de seguro será necesario para el desarrollo viable de las operaciones económicas del comprador-comerciante. En ese caso la reserva de dominio puede ser:

satisfecho la totalidad del precio acordado, actuando como garantía a favor del primero de manera que pueda, caso de no percibir la totalidad de dicho precio, reivindicar el dominio o propiedad que se había reservado". Aunque pudiera parecer que el objetivo que se persigue con la cláusula de reserva de dominio puede conseguirse igualmente reclamando la resolución del contrato de compraventa como consecuencia del incumplimiento del comprador en virtud del art. 1124 Cc, hay que señalar que la reserva de dominio resulta más eficaz en la medida que, en la resolución ordinaria de los contratos, los Tribunales gozan de un cierto grado de discrecionalidad, por lo que por esta vía no basta con probar la existencia de cualquier incumplimiento, sino que es necesario examinar si éste tiene tal importancia en la economía del contrato que justifica su resolución en la común intención de los contratantes⁽⁴⁴⁾.

Hay que decir que la exportación efectuada con reserva de dominio a favor del vendedor español no precisa de inscripción en España, ya que la eficacia de la cláusula vendrá condicionada por lo que disponga la *lex rei sitae* (art. 10.1 Cc⁽⁴⁵⁾). En cambio en las importaciones, en las que el librado está establecido en España, el vendedor extranjero sólo podrá hacer valer la reserva de dominio si se han cumplido los requisitos que exige la legislación española.

— Continua o continuada: mediante este pacto el comprador, en caso de reventa a un tercero, se compromete a estipular en la misma una reserva de dominio a favor del vendedor inicial, sea simple o, si se estima conveniente, también continua, de forma que el tercero deba proceder igualmente, si revende la mercancía, a exigir la reserva de dominio, y así sucesivamente. La extinción de la garantía tiene lugar cuando el vendedor percibe el pago íntegro del precio de manos del comprador o de uno de los subadquirentes. El problema de esta cláusula es el recelo del segundo comprador, que no querrá pagar el precio a quien no es propietario de lo que le vende, y que, además, podrá verse obligado a pagar al propietario en caso de impago del vendedor.

— Sobre créditos futuros: persigue que hasta que el comprador no entregue al vendedor el producto de la reventa, cualquier derecho presente o futuro que aquél ostente para recuperar el precio del bien vendido lo ceda al vendedor, o lo conserve, ejercitándolo como agente o mandatario de éste, o, por último, lo transfiera al vendedor tras la demanda. Con esta cláusula se salva la desconfianza del subadquirente ante una cláusula de reserva de dominio continuada, pues las partes pactan una cesión anticipada de los créditos futuros del comprador frente al subadquirente, que no exige su notificación a éste y, por tanto, evita los riesgos de desincentivación. A pesar de la atipicidad de estos pactos de cesión, se ha admitido su validez en Alemania [vid. SÁNCHEZ LORENZO, S., *La cláusula de reserva de dominio en el Derecho Internacional Privado (problemas de Derecho aplicable en el Derecho español)*, tomo I, Madrid, 1988, pp. 38 y ss.].

(44) Vid. GUARDIOLA SACARRERA, E., "La cláusula de reserva de dominio en los contratos de compraventa internacional de mercancías. Su eficacia frente a terceros según la legislación española y el Derecho comparado", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1984, p. 684.

(45) Según este artículo "[l]a posesión, la propiedad, y los demás derechos sobre bienes muebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen".

Por ello, la utilización de la cláusula de reserva de dominio debe hacerse con extrema cautela y con conocimiento de los efectos que a la citada cláusula le reconoce la legislación del país de destino de las mercancías. En este sentido, el tratamiento que dicha cláusula recibe está estrechamente relacionado con el sistema de transmisión de la propiedad que rija en cada Derecho nacional⁽⁴⁶⁾. En nuestro país, donde el comprador sólo adquiere la propiedad de la cosa vendida tras la entrega o *traditio* (arts. 609 y 1095 Cc), nada impide que en el propio contrato, y merced al principio de autonomía de la voluntad consagrado en el art. 1255 Cc, las partes condicionen la adquisición de la propiedad al requisito del pago total del precio estipulado, y de hecho así lo ha admitido la jurisprudencia desde antiguo. El problema es que para que dicho pacto produzca efectos frente a terceros ha de estar inscrito en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (art. 15 Ley 28/1998, de 13 de julio, de regulación de venta a plazos de bienes muebles y art. 6 de la Ordenanza para el Registro de Bienes Muebles, de 19 de julio de 1999⁽⁴⁷⁾), donde sólo se admite la inscripción de las cláusulas insertas en las operaciones de compraventa sujetas al ámbito de apli-

(46) De los países de nuestro entorno podemos mencionar siguiendo a GUARDIOLA SACARRERA, (E., *cit.*, pp. 667 a 675):

— FRANCIA, donde la Ley 80335 de 12 de mayo de 1980 reconoce la eficacia de la cláusula de reserva de dominio pactada por escrito frente a la masa de acreedores en procedimientos de quiebra o liquidación cuando se cumplan determinadas condiciones, entre las que no se encuentran ni la necesidad de una forma especial de dicho escrito, ni tampoco su inscripción registral; no obstante, queda protegido el tercero que haya adquirido de buena fe la mercancía, al no ser eficaz frente al mismo la cláusula pactada entre el vendedor y el comprador inicial.

— EN ITALIA, donde la propiedad se transfiere automáticamente, al igual que en Francia, con el simple acuerdo de voluntades, se admite el pacto de reserva de dominio, pero para que pueda oponerse a terceros se requiere la intervención de un notario o de un funcionario público que pueda dar fe de la fecha del documento. Los terceros adquirentes de buena fe están protegidos en virtud del art. 1153 *Codice civile* salvo en dos casos: que la reserva de dominio estuviere inscrita en un Registro público; o que se tratase de venta de maquinaria que supere una determinada cifra y que haya sido registrada en la secretaría del tribunal del lugar donde aquélla haya sido instalada.

— EN GRAN BRETAÑA, el art. 17 de la *Sale of Goods Act* permite a las partes ponerse de acuerdo sobre la fecha en que deba producirse la transferencia de la propiedad, si bien la cláusula de reserva de dominio no es muy frecuente por existir otros mecanismos en la práctica comercial que permiten retener la propiedad de la mercancía al vendedor.

— EN ALEMANIA, país en el que la transferencia de la propiedad se produce con la entrega, es donde más difusión ha tenido la cláusula de reserva de dominio, pues para su eficacia frente a terceros sólo se requiere que haya sido estipulada con anterioridad a la entrega de la mercancía, sin ser precisa la publicidad registral.

(47) Cfr. respectivamente BOE n.º 167, de 14 de julio de 1998, y BOE n.º 172, de 20 de julio de 1999.

cación de la Ley, lo que depende en última instancia de la naturaleza de los bienes objeto de la operación⁽⁴⁸⁾.

C) El *Incoterm* adecuado

Los *Incoterms* son cláusulas estereotipadas mediante las cuales se fijan determinados aspectos de los contratos de compraventa que reciben una interpretación uniforme gracias a la recopilación que de estas prácticas comerciales realiza la CCI⁽⁴⁹⁾, lo que evita las incertidumbres derivadas de las distintas interpretaciones nacionales.

(48) El art. 4.5 de la anterior Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (Ley 50/1965, de 17 de julio —BOE n.º 173, de 21 de julio—) excluía expresamente de su ámbito objetivo las operaciones de comercio exterior. Sin embargo, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de noviembre de 1972, en contestación a una consulta de una firma extranjera estableció que la exclusión del art. 4.5 no impedía la inscripción de las cláusulas cuando, una vez importado el bien vendido, éste era objeto de contrato otorgado por persona con delegación del vendedor; que no afecta la nacionalidad de las partes al acceso de los contratos al Registro, siempre que se extiendan en los modelos impresos reglamentarios y contengan los demás requisitos; que el domicilio del comprador es el que determina la competencia de cada uno de los Registros provinciales; y finalmente, que el precio debe ser consignado en pesetas (puede verse la crítica de esta Resolución en GUARDIOLA SACARRERA, E., *cit.*, pp. 681 y 682). Posteriormente se promulgó la Ley 6/1990, de 2 de julio, sobre modificación del art. 4 de la Ley 50/1965, donde se extiende el ámbito de aplicación de la Ley a las operaciones de comercio exterior. En la actual Ley 28/1998, de 19 de julio, se admite la inscripción de cualquier contrato de venta en el que se aplace el precio siempre que así lo permita la naturaleza de los bienes que constituyan su objeto, que, de acuerdo con el art. 4.a) de la Ley, han de ser bienes muebles corporales, no consumibles e identificables.

(49) La primera publicación completa de los *Incoterms* no apareció hasta 1928, obra en la que se recopilaban seis términos comerciales, así como su interpretación. En 1936 la CCI sacó a la luz una reglamentación uniforme completa y, más tarde, en 1953, se presentó en Viena una versión: los *Incoterms 1953* (publicación n.º 166 CCI). Esta última publicación regulaba nueve términos comerciales, considerados como los más comunes en el comercio internacional. En 1980 finaliza una nueva labor de revisión que se publica ese mismo año (publicación n.º 350 CCI). Tras ella, la siguiente versión de los *Incoterms* que elabora la CCI fue publicada en 1990, la cual ha permanecido en vigor hasta el 1 de enero del año 2000, fecha en la que empiezan a surtir efecto los nuevos *Incoterms 2000* (publicación n.º 560 CCI).

Por lo que se refiere a la aplicación de estas reglas hay que decir que el Real Decreto 2426/1979, de 14 de septiembre de 1979 (BOE n.º 54, de 3 de marzo de 1980), en su art. 14 establece que como condiciones de entrega se consignará alguna de las previstas en los *Incoterms 1953*, interpretándose conforme a tales normas. Indica por otra parte dicho precepto que podrán admitirse otras condiciones de entrega siempre que hayan sido recomendadas y definidas por la CCI y se estimen compatibles con las regulaciones o convenios vigentes en el país de destino de la exportación.

A través de estas cláusulas las partes determinan las obligaciones del comprador y del vendedor, particularmente el concreto lugar en que se efectúa la entrega, la parte que ha de contratar el transporte en caso de que sea necesario, el momento en que se produce el traspaso de riesgos del vendedor al comprador, la obligación o no de contratar el seguro y cuál de las partes debe sufragarlo⁽⁵⁰⁾.

Puesto que no todos los términos comerciales son compatibles con cualquier medio de transporte, y dada la importancia que el tipo de documento de transporte tiene en la eficacia de la cobranza como medio de cobro seguro para el vendedor, éste será uno de los puntos primordiales a tener en cuenta por los sujetos que vayan a utilizar una cobranza como medio de pago de la compra-venta.

2. La cobranza simple

En la cobranza simple el compromiso del banco remitente se ciñe a la gestión del cobro de documentos financieros que no van acompañados de documentos comerciales [art. 2.c) RUC]. Tales documentos financieros como ya hemos tenido ocasión de mencionar pueden ser letras de cambio, pagarés, cheques u otros instrumentos análogos utilizados para obtener el pago [art. 2.b.i) RUC].

De todos ellos, tan sólo la letra de cambio será confeccionada por el vendedor, pues el libramiento del pagaré o del cheque corresponderán al comprador. En cualquier caso, el vendedor es sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados (ya que el art. 34.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993 impone el pago del impuesto al librador, salvo que el efecto se hubiese expedido en el extranjero, en cuyo caso lo será su primer tenedor en España), que habrá de sufragar la cuota tributaria (el timbre) si no quiere que el efecto pierda fuerza ejecutiva.

Además, dado que tanto el pagaré como el cheque habrán de ser remitidos por el comprador, es importante que se le hayan impartido previamente instrucciones precisas, pues el banco cobrador no tendrá responsabilidad alguna en relación con la forma y el texto de los documentos aportados por el banco presentador o por el librado (art. 8 RUC).

Para que el banco o bancos que participen en la cobranza estén legitimados para reclamar el pago de los efectos será necesario que los reciban en virtud

⁽⁵⁰⁾ A este respecto habrá que tener presente que en algunos países las autoridades imponen la necesidad de que sea contratado un seguro para salvar los riesgos de cambio (*vid.*, en este sentido, WICKREMERATNE, L., *ICC Guide to collection operations for the ICC Uniform Rules for Collections (URC 522)*, publicación n.º 561, París, 1996, p. 35).

de un endoso en comisión de cobranza o, como sucede a menudo en el tráfico, en virtud de un endoso pleno con efectos limitados por el contrato subyacente (en este caso la propia cobranza). La gestión de la cobranza podrá gestionarse a través de los Sistemas nacionales de compensación siempre que el librado se encuentre en alguna plaza española y el documento financiero consista en un pagaré de cuenta corriente, en un cheque o en una letra de cambio domiciliada en alguna entidad financiera española⁽⁵¹⁾.

III. LA PARTICIPACIÓN DE VARIOS BANCOS EN LA COBRANZA

El banco al que el cedente se dirige, que según hemos comentado se denomina banco remitente, se encontrará establecido en su misma plaza, por lo que suele ser habitual que, con el objeto de facilitar los trámites de la cobranza al librado, participe otra entidad bancaria que opere en su localidad. La intervención de otro banco puede requerirla el cedente en sus instrucciones de cobro, haciendo una designación *nominatim* de dicha entidad, o dejando que el propio banco remitente seleccione al establecimiento que le parezca más apropiado. Pero en cualquier caso, si las instrucciones del cedente no contemplan expresamente esta posibilidad, las RUC dejan un amplio ámbito de discreción al banco remitente habilitándolo para que utilice los servicios de bancos intermediarios [art. 5.e) RUC]⁽⁵²⁾. Es más, el propio banco intermediario cuyos servicios hayan sido reclamados por el banco remitente podrá, si no se ha designado un banco presentador, recurrir a otra entidad para que ésta se encargue de efectuar la presentación de la cobranza ante el librado [art. 5.f) RUC].

Por consiguiente, en una cobranza pueden participar hasta tres tipos de bancos: el banco remitente, que es la entidad a la que se dirige el cedente; el

(51) En España el Sistema Nacional de Compensación Electrónica (SNCE) se divide en el Sistema Nacional de Liquidación y el Sistema Nacional de Intercambios, éste último, a su vez, está formado por cinco subsistemas: subsistema general de transferencias, subsistema general de cheques y de pagarés de cuenta corriente, subsistema general de adeudos y domiciliaciones, subsistema general de cheques para pago de carburantes y de viajes, y subsistema general de efectos de comercio.

(52) Las Reglas y Usos Uniformes Relativas a los Créditos Documentarios, a diferencia de las RUC, no contienen una habilitación expresa para que el banco emisor utilice los servicios de bancos intermediarios; sin embargo, una interpretación sistemática de algunos de sus preceptos permite deducir que tales bancos están legitimados para recurrir por propia iniciativa a los servicios de un banco avisador o pagador, pero en ningún caso podrán entenderse habilitados para reclamar la participación de bancos confirmadores a no ser que hubiesen sido instruidos en tal sentido. Hay que decir que los arts. 5.e) y f) RUC al reconocer tan amplio ámbito discrecional al banco remitente no hacen más que sancionar una costumbre existente en la práctica [vid. ICC, *Guide to collection operations for the ICC Uniform Rules for Collections* (URC 522), publicación n.º 561, París, 1996, p. 32].

banco cobrador, que será cualquier banco que participe en la operación distinto del banco remitente; y el banco presentador, que será el banco cobrador que se encargue de poner los documentos a disposición del librado de conformidad con las instrucciones recibidas. Conviene aclarar que, en la operación de cobranza, este último banco, aunque puede tener una relación de cuenta corriente con el librado, es responsable frente al banco cobrador o remitente de quien recibe las instrucciones. En cualquier caso, todos ellos habrán de actuar conforme al principio de buena fe y con un cuidado razonable, según el contenido del art. 9 RUC.

IV. LAS RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LAS PARTES

Cuando anteriormente nos hemos referido a las partes que participan en una cobranza hemos mencionado al cedente, al librado y a uno o diversos bancos. Analizando desde un punto de vista jurídico la estructura de la operación, hay que matizar que la cobranza, que es un contrato de comisión⁽⁵³⁾ independiente del contrato subyacente respecto del cual funciona como medio

(53) En cuanto a la calificación de la cobranza conforme a los Derechos nacionales podemos recoger las opiniones de autores de varios países. BALOSSINI, que ha estudiado el tema con detenimiento desde la perspectiva del Derecho italiano, mantiene que la relación entre el cedente y el banco remitente es un arrendamiento de servicios, negando el carácter de mandato por estar ausente la nota jurídica imprescindible en este contrato, argumento que a nuestro juicio no es defendible. No obstante, hay que aclarar que en ningún caso pueden extrapolarse a nuestro Derecho las conclusiones obtenidas a la luz del Ordenamiento italiano, ya que la tipología de estos contratos no responde a la que con denominaciones equivalentes se regula en nuestros Códigos. A estos efectos es de destacar el hecho de que la diferencia entre el *appalto* (arrendamiento de servicios) y el *contratto d'opera* (arrendamiento de obra) estriba en la cualificación del sujeto que debe cumplir la obra o el servicio (arts. 1655 y 2222 *Codice civile*). Además, la calificación de la cobranza como arrendamiento de servicios no impide que la responsabilidad del banco se rija por las normas del mandato (art. 1856 *Codice civile*). En cualquier caso, el citado autor matiza su afirmación inicial indicando que la cobranza es una subespecie del arrendamiento de servicios a la que determinadas normas del régimen jurídico de éste no resultan aplicables (*vid.*, BALOSSINI, C.E., *cit.*, pp. 27 a 45).

ÇAKIROGLU (*cit.*, p. 62) y BONTUOX (*cit.*, p. 34) afirman que en el Derecho francés el banco remitente es un mandatario del cedente; y WICKREMERATNE, presidente del grupo de trabajo de las RUC, sostiene, desde el punto de vista de los Derechos pertenecientes al sistema del *Common Law*, que el banco remitente, como agente del cedente, debe ajustarse estrictamente a las instrucciones impartidas (*vid.* WICKREMERATNE, L., *cit.*, p. 31).

HERNÁNDEZ MARTÍ, J., “Las operaciones bancarias y parabancarias de mediación de los pagos”, *Derecho del Mercado Financiero*, tomo II, *Operaciones bancarias de activo y pasivo*, vol. I (dir. Ureba-Martínez-Simancas), Madrid, 1994, p. 446, defiende que la cobranza es una modalidad de la comisión mercantil, en la que se cumple el doble presupuesto exigido por el art. 244 Cco.

de pago *pro solvendo*⁽⁵⁴⁾, se celebra únicamente entre el cedente y el banco remitente, estructura bilateral a la que pueden añadirse la intervención de otros bancos (el presentador y uno o más bancos cobradores), pero en la que el librado no participa estrictamente (a pesar de que pueda tener una relación de cuenta corriente o cualquier otro vínculo negocial al margen de la cobranza con el banco presentador)⁽⁵⁵⁾. Concretamente se trata de una comisión de cobro, a la que expresamente alude el art. 273 Cco, celebrada entre el cedente y el banco remitente.

Para la gestión del cobro encomendado por el cedente el banco remitente utilizará los servicios de otros bancos, como el banco cobrador o el banco presentador, cuya relación con el banco remitente es igualmente una comisión mercantil. La función del primero de estos bancos no consistirá exactamente en gestionar el cobro del crédito, sino en servir de intermediario entre el banco remitente y el banco presentador, en tanto que la función del segundo estribará en la presentación de los documentos financieros y/o comerciales al librado.

Más debatida puede ser la calificación del vínculo existente entre el cedente y el banco o bancos cobradores, pues las consecuencias serán muy distintas en nuestro ordenamiento según que consideremos que el encargo que el banco remitente efectúa al banco cobrador es una sustitución en la comisión o una subcomisión. Mientras que en el primer caso (sustitución en la comisión), el banco remitente queda responsable frente al cedente de las actuaciones del banco cobrador en los casos en que la elección de este último haya quedado a su libre albedrío (art. 262 Cco), reconociéndose entre ambos una acción de responsabilidad contractual, en el segundo supuesto (subcomisión), se entiende que el primer comisionista no garantiza frente al comitente el buen fin de la segunda comisión (art. 272 Cco).

A este respecto pueden ser de utilidad las abundantes opiniones vertidas en materia de créditos documentarios, en los que se reproduce una estructura jurídica similar, y donde parece quedar claro que ningún vínculo contractual

(54) Quiere ello decir que si el medio de pago pactado en la compraventa es una cobranza, las partes están obligadas a realizar todos los trámites que ello conlleve, pero si a pesar de ello el vendedor no ha podido obtener el pago del comprador, persiste la obligación de pago de este último.

(55) El art. 3.a) RUC especifica que las partes que intervienen en una cobranza son el cedente, el banco remitente, el banco cobrador y el banco presentador. En párrafo aparte se menciona al librado, que es la persona a quien debe efectuarse la presentación de acuerdo con las instrucciones de cobro.

puede apreciarse entre el cedente y el banco intermediario⁽⁵⁶⁾. Efectivamente, cuando el banco remitente contacta con un banco intermediario no puede decirse que realice una delegación de funciones, sino que, previa autorización de su comitente [así ha de entenderse por expresa disposición del art. 5.e) RUC] le encomienda una nueva comisión al banco cobrador o al banco presentador, lo que nos lleva a afirmar que entre el cedente y el banco intermediario (cobrador o presentador) no existe vínculo jurídico alguno⁽⁵⁷⁾.

V. LA COMISIÓN DE COBRO DEL BANCO REMITENTE

Anteriormente hemos calificado la relación que existe entre el cedente y el banco remitente como comisión de cobro. Hay que advertir que aunque el banco al que se dirija el cedente no esté obligado a aceptar el encargo [art. 1.b) RUC], en caso de que no vaya a tramitar la cobranza, las RUC disponen que deberá comunicar su rehusé al solicitante [art. 1.c) RUC]. Tal forma de proceder viene impuesta con carácter general en el art. 248 Cco a todos los comisionistas profesionales que reciban encargos comprendidos dentro de la esfera de sus negocios, y, dado que se trata de una obligación previa a la perfección del contrato, su incumplimiento genera un supuesto de *culpa in contrahendo*. Para evitarla, el banco que haya recibido la oferta de cobranza deberá notificar su rechazo inmediatamente a la persona que le realizó el encargo⁽⁵⁸⁾, y, a su elec-

(56) La ausencia de vínculo contractual entre el ordenante de un crédito documentario y los bancos intermediarios ha sido sostenida por la generalidad de los autores tanto españoles como extranjeros. *Vid.*, entre los primeros, GARRIGUES, J., “La mediación de los bancos en las ventas internacionales”, *Contratos bancarios*, Madrid, 1975, pp. 641 y 642; y CHECA MARTÍNEZ, M., *cit.*, p. 67. De la doctrina extranjera destacamos STOUFFLET, J., *Le crédit documentaire. Étude juridique d'un instrument financier du commerce international*, París, 1957, p. 208; KOZOLCHYK, B., *El crédito documentario en el Derecho americano. Un estudio comparativo*, Madrid, 1973, p. 321; BOUDINOT, André, *Pratique du crédit documentaire*, París, 1979, pp. 203 y 204; GUTTERIDGE, H.C. y MEGRAH, M., *The Law of Bankers' Commercial Credits*, Londres, 1984, p. 57; SASSOON, D.M., “Documentary credits: the applicant and the advising bank”, *Journal of Business Law*, 1986, pp. 33 a 36; y MATTOU, J.-P., *Droit bancaire international*, París, s.f., p. 218.

(57) *Vid.*, de la misma opinión, ÇAKIROGLU, I.S., *cit.*, p. 63, quien indica que así será incluso aunque el exportador haya designado al banco presentador.

(58) El comitente que recibe el encargo no sólo debe comunicar por el medio más rápido posible su negativa a realizarlo, sino que el art. 248 Cco le impone que confirme la comunicación del rehusé por el correo más próximo. Tal obligación debe matizarse, pues una interpretación de este precepto de acuerdo con el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3 Cc) ha de considerar suficiente la utilización de otros medios de comunicación de uso general, como el fax o incluso, cuando se trata de una comunicación interbancaria (porque se trate del rechazo del encargo por parte de un banco cobrador o presentador), la teletransmisión vía SWIFT.

ción, remitirle o poner a su disposición la cobranza o la instrucción (hay que decir que en la terminología usada por la CCI el término “cobranza” alude a los documentos comerciales o financieros, mientras que la expresión “instrucción de cobro” se refiere al propio documento contractual donde se recogen los derechos y obligaciones de las partes⁽⁵⁹⁾). Ahora bien, dado que la regla general en materia de obligaciones y contratos es que la parte que recibe una oferta no está obligada a contestarla, ni se compromete a nada con su silencio⁽⁶⁰⁾, no podrá apreciarse *culpa in contrahendo* cuando el banco no notifique el rechazo de un encargo que queda fuera de su ámbito de actuación, como es el caso de las diligencias relativas a las mercancías (su almacenamiento, la contratación de un

(59) Vid. CCI, *Reglas Uniformes relativas a las cobranzas. Comentario*, publicación n.º 550, Barcelona, 1996, p. 10. Según el art. 4.a.i) RUC todos los documentos enviados para gestionar su cobro deberán ir acompañados de una instrucción de cobro que indique que la cobranza está sujeta a las RUC y que contenga instrucciones precisas y completas. El contenido aproximado de la instrucción de cobro se recoge en el art. 4.b) RUC y es el siguiente:

“i. Los detalles del banco del que se recibió la cobranza, incluyendo el nombre completo, las direcciones postales y de SWIFT, los números de télex, teléfono y fax, y la referencia.

ii. Los detalles del cedente, incluyendo el nombre completo, la dirección postal y, de ser el caso, los números de télex, teléfono y fax.

iii. Los detalles del librado, incluyendo el nombre completo, la dirección postal o el domicilio donde deberá efectuarse la presentación, y, de ser el caso, los números de télex, teléfono y fax.

iv. Los detalles del banco presentador, si lo hubiere, incluyendo el nombre completo, la dirección postal, y, de ser el caso, los números de télex, teléfono y fax.

v. El importe (o importes) y la moneda (o monedas) objeto del cobro.

vi. La relación de los documentos que se adjuntan y el número de ejemplares de cada uno de ellos.

vii. a) Los términos y las condiciones para la obtención del pago y/o aceptación.

b) Las condiciones de entrega de los documentos contra:

1) pago y/o aceptación.

2) otros términos y condiciones.

La parte remitente de la instrucción de cobro es responsable de que los términos de entrega de los documentos aparezcan mencionados de forma clara y sin ambigüedad, de lo contrario los bancos no serán responsables de las consecuencias que de ello pudieran derivarse.

viii. Los cargos a cobrar, indicando si pueden ser rehusados o no.

ix. Los intereses a cobrar, si fuera el caso, indicando si pueden ser rehusados o no, incluyendo:

a) Tasa de interés.

b) Período de liquidación de intereses.

c) Base de cálculo (por ejemplo, año de 360 o 365 días) según corresponda.

x. El método de pago y la forma de aviso del mismo.

xi. Las instrucciones a seguir en caso de impago, no aceptación y/o incumplimiento de cualquier otra instrucción”.

(60) Vid. GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, tomo III, vol. I, Madrid, 1963, p. 463.

seguro, etc.) contenidas en las instrucciones del cedente. Tales materias sólo harán nacer su responsabilidad cuando el banco hubiese dado expresamente su conformidad [art. 10.b) RUC].

Por el contrario puede suceder que el banco esté interesado en aceptar la oferta de cobranza simple o documentaria propuesta por el cedente, lo que podrá hacer de forma expresa, comunicando su beneplácito al cedente, o tácita, ejecutando alguna gestión que no se limite a la que hemos descrito en el párrafo precedente (art. 249 Cco). En tal caso, en cuanto comisionista, cumplirá su misión, exento de toda responsabilidad siempre que al desempeñar su encargo se someta estrictamente a las instrucciones impartidas (art. 254 Cco).

VI. OBLIGACIONES DEL BANCO PRESENTADOR

1. La presentación de los documentos al librado

La obligación primordial del banco presentador consiste en efectuar la presentación, procedimiento por medio del cual pone los documentos a disposición del librado de conformidad con las instrucciones recibidas [art. 5.a) RUC].

El banco habrá de efectuar la presentación sin demora en el caso de que se trate de una cobranza en la que se haya pactado la cláusula de entrega de los *documentos contra aceptación (D/A)*. En el caso de que se haya pactado la cláusula *documentos contra pago (D/P)* el banco habrá de efectuar la presentación sin demora, si se trata de documentos pagaderos a la vista, y no más tarde de la fecha de vencimiento si se trata de documentos de pago aplazado (art. 6 RUC), teniendo en cuenta que será responsable si no reclamase el pago en el período en que la cobranza sea exigible (art. 273 Cco). La utilización de la expresión “sin demora” para definir el plazo en el que el banco ha de proceder a la presentación de los documentos ante el librado en el art. 6 RUC, fue discutida ampliamente por los redactores de las RUC, quienes descartaron otras propuestas que sugerían la inclusión de un número concretos de días, entre 5 y 7, por considerar que complicarían innecesariamente la mecánica de la operación⁽⁶¹⁾.

⁽⁶¹⁾ Vid. CCI, *Reglas Uniformes relativas a las cobranzas. Comentario*, publicación n.º 550, Barcelona, 1996, p. 19.

El librado deberá verificar si los documentos cumplen o no los requisitos estipulados con el cedente, y en consecuencia, mostrar su conformidad o su rechazo en la propia oficina bancaria. Para ello, las RUC, a diferencia de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios respecto al examen que realiza el banco ⁽⁶²⁾, no establecen un plazo durante el cual el librado pueda realizar el examen de la documentación, sino que recomienda al cedente que indique en la instrucción de cobro el período de tiempo exacto dentro del cual el librado debe actuar [art. 5.b) RUC] ⁽⁶³⁾.

Los documentos serán presentados al librado en la misma forma en que han sido recibidos, excepción hecha de que los bancos estén autorizados a poner los timbres necesarios, por cuenta de la parte de quien se recibió la cobranza y a efectuar todos los endosos necesarios o a poner los sellos, las marcas, los símbolos de identificación exigidos o habituales en la cobranza [art. 5.c) RUC].

2. La entrega de los documentos al librado

A) En caso de aceptación por el librado

Si el librado muestra su conformidad, el banco presentador procederá a entregarle los documentos contra la aceptación cuando así se haya especificado en la instrucción de cobro. Si la cobranza incluye una letra de cambio pagadera en una fecha futura, y, en contra de la recomendación contenida en el art. 7.b) RUC, las instrucciones de cobro no especifican en qué momento deben entregarse los documentos al librado, se procederá a la entrega de los documentos comerciales exclusivamente contra pago y el banco presentador no será responsable de las consecuencias que pudieran derivarse de la demora en la entrega de los documentos.

Ahora bien, el banco presentador sólo realizará la entrega tras verificar que la aceptación cumple las reglas precisas establecidas en las RUC. En cuanto a la aceptación de la letra o a la firma del pagaré u otros instrumentos, el banco no está obligado a realizar la verificación de firmas, ni a comprobar la capacidad

⁽⁶²⁾ El art. 13.b), Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, concede un plazo razonable no superior a siete días bancarios hábiles a cada uno de los bancos que deba examinar la documentación objeto del crédito.

⁽⁶³⁾ A este respecto disponen las RUC que no deberían utilizarse expresiones como “primera” (first), “pronta” (prompt), “inmediata” (immediate) u otras parecidas, para referirse a la presentación o a cualquier otro período de tiempo dentro del cual los documentos deben ser admitidos o a cualquier otra acción que deba emprender el librado. Si dichas expresiones son utilizadas, los bancos no las tendrán en cuenta [art. 5.b) RUC].

de los firmantes, sino que sólo habrá de comprobar que la aceptación es completa en apariencia (arts. 22 y 23 RUC)⁽⁶⁴⁾. Tampoco debe añadir el banco presentador garantía o aval a la aceptación del librado⁽⁶⁵⁾, ni el banco remitente estará obligado a proceder al descuento del efecto, pues en las cobranzas el banco no asume riesgo alguno, y cualquier garantía adicional que los bancos aporten serán operaciones de financiación al margen de la cobranza.

El banco cobrador deberá remitir sin demora el aviso de la aceptación al banco del cual recibió la instrucción de cobro por el procedimiento que se le hubiese indicado en la instrucción de cobro [art. 26.c.ii) RUC]. En ausencia de tales instrucciones, el banco cobrador enviará los avisos correspondientes por el procedimiento de su elección y a cargo del banco de quien recibió la instrucción de cobro [art. 26.b) RUC].

B) En caso de pago efectuado por el librado

El banco presentador deberá remitir sin demora un aviso indicando que ha recibido el pago al banco del cual recibió la instrucción de cobro, detallando el importe o los importes cobrados, los cargos y/o los desembolsos y/o los gastos deducidos, y la forma de disposición de los fondos [art. 26.c.ii) RUC]. La forma en que el banco ha de proceder al aviso será la indicada en la instrucción de cobro. En ausencia de tales instrucciones, el banco cobrador enviará los avisos correspondientes por el procedimiento de su elección y a cargo del banco de quien recibió la instrucción de cobro [art. 26.b) RUC].

a) *Pago inmediatamente disponible en la moneda pactada*

Para que el pago sea aceptado por el banco presentador, y traiga como consecuencia la entrega por parte de éste de los documentos al librado, ha de

(64) El grupo de trabajo que redactó las RUC tuvo presente que en determinadas plazas los bancos suelen comprobar la autenticidad de la firma y la capacidad de los firmantes, pero tras diversas sesiones dedicadas a debatir esta cuestión se concluyó que no podía imponerse como práctica internacional común lo que en definitiva no era más que un uso local. Además, se expuso que una obligación de este tipo podría complicar en exceso la gestión de la cobranza, puesto que no es extraño que los bancos cobradores o presentadores no tengan relación alguna con los librados, lo que dificulta enormemente el trámite del reconocimiento de firma (*vid. CCI, Reglas Uniformes relativas a las cobranzas. Comentario*, publicación n.º 550, Barcelona, 1996, p. 35).

(65) Dado que la adición de la garantía o aval bancario a la firma del librado es práctica frecuente en algunas zonas, el tema se planteó en el foro de debate del grupo de trabajo que elaboró las RUC, el cual consideró que estas Reglas no debían servir para internacionalizar prácticas locales (*vid. CCI, Reglas Uniformes relativas a las cobranzas. Comentario*, publicación n.º 550, Barcelona, 1996, p. 36).

tratarse de un pago en la moneda pactada⁽⁶⁶⁾ (moneda local o extranjera) y disponible para ser enviado al cedente o al banco remitente inmediatamente (arts. 17 y 18 RUC). Además, según el art. 18 RUC, cuando para transferir fondos en moneda local a otro país o para comprar moneda extranjera resulte necesaria la aprobación de la autoridad monetaria, salvo que los bancos remitentes impartan instrucciones en otro sentido, los documentos sólo podrán entregarse una vez aprobada la transferencia de fondos⁽⁶⁷⁾.

b) *Pagos parciales*

Por lo que se refiere a los pagos parciales, el art. 19 RUC distingue entre el pago parcial en las cobranzas simples y el pago parcial en las cobranzas documentarias.

En las cobranzas simples, se impone la aceptación del pago parcial en la medida y en las condiciones que establezca la legislación vigente en el lugar de pago [art. 19.a) RUC], norma de conflicto que coincide con lo dispuesto en los arts. 103 *in fine* (para la letra de cambio y el pagaré) y 167.4.º (para el cheque) de la Ley Cambiaria y del Cheque. De acuerdo con ello, cuando el lugar de pago esté ubicado en España serán de aplicación los arts. 45 (para la letra de cambio y el pagaré) y 140 (para el cheque) de la Ley Cambiaria y del Cheque, que imponen al banco presentador la aceptación del pago parcial, pudiendo exigir el librado que este pago se haga constar en la letra, si bien no permiten que el banco presentador le entregue el efecto hasta que no haya completado el pago.

En las cobranzas documentarias, no hay norma de remisión sino que se establece una regla, acorde con el criterio que sigue nuestro art. 1169 Cc: los pagos parciales sólo podrán ser aceptados si están expresamente autorizados en la instrucción de cobro y, aun en ese caso, sólo se entregarán los documentos cuando el banco presentador haya recibido la totalidad del pago, salvo que expresamente se hubiese dispuesto de otro modo en la instrucción de cobro [art. 19.b) RUC].

⁽⁶⁶⁾ Hay que tener en cuenta que si la moneda estipulada en la cobranza fuese la de algún país miembro de la Unión Monetaria, durante el periodo transitorio de implantación del euro, desde el 1 de enero de 1999 al 1 de enero de 2002, el pago podrá ser hecho en euros, en cuyo caso habrá de ser aceptado.

⁽⁶⁷⁾ Vid. CCI, *Reglas Uniformes relativas a las cobranzas. Comentario*, publicación n.º 550, Barcelona, 1996, p. 30.

c) *Compensación con un crédito del librado*

Es posible pensar que el librado en lugar de efectuar el pago en la moneda pactada esté interesado en compensar un crédito que tenga frente al cedente. Las RUC no determinan si el banco presentador debe entregar o no la documentación cuando el librado pretende oponer la compensación de un crédito al cedente en lugar de proceder al pago en la forma pactada en la instrucción de cobro. A este respecto entendemos que, puesto que no se halla expresamente prohibido por las RUC, no existe ningún inconveniente para que el banco entregue la documentación a cambio de que el crédito que tiene a su favor el cedente sea compensado con otro que éste tenga en su contra y a favor del librado⁽⁶⁸⁾.

d) *Intereses*

Cuando se hubiesen estipulado intereses que hayan de añadirse al importe principal de la deuda, el banco presentador podrá hacer entrega de los documentos contra pago o aceptación o contra la entrega de una *letter of indemnity* o *trust receipt*, aunque no haya cobrado esos intereses, no aparezcan reflejados en los documentos financieros aceptados o no estén cubiertos por la *letter of indemnity* o *el trust receipt* que aportara el librado. Tal regla sólo dejará de aplicarse si la instrucción de cobro especifica que los intereses no pueden ser rehusados por el librado, en cuyo caso el banco deberá informar sin demora por telecomunicación o, si no es posible, por cualquier otro método rápido al banco del cual recibió la instrucción de cobro (art. 20 RUC).

Una regla similar permite entregar los documentos cuando se hubiese estipulado que los cargos y gastos serán de cuenta del librado, aunque éste se negase a sufragarlos [art. 21.a) RUC].

3. Forma de proceder en caso de que el librado se niegue a efectuar la aceptación o el pago

En el caso de que el librado rechace la documentación, el banco presentador deberá intentar determinar las razones del impago o de la no aceptación y notificarlo sin demora al banco del que recibió la instrucción por el procedi-

⁽⁶⁸⁾ Según JIMÉNEZ DE PARGA, la cláusula “pago contra documentos” no excluye la compensación como medio de pago, ni su inclusión en un contrato de compraventa supone la renuncia de las partes a la facultad de compensar. En este sentido argumenta el autor que lo que las partes quieren es programar jurídicamente que el pago sea simultáneo a la entrega de documentos (*vid.* JIMÉNEZ DE PARGA, R., *cit.*, pp. 177 y 178).

miento de avisos que el banco remitente hubiese establecido. Además deberá esperar durante los sesenta días siguientes a la realización de tal aviso las instrucciones del banco remitente relativas a la subsiguiente tramitación de los documentos. Transcurrido el período de sesenta días al que hemos hecho referencia, los documentos podrán ser devueltos al banco del cual se recibió la instrucción de cobro [art. 26.c.iii) RUC].

Las instrucciones de cobro deben incluir de forma expresa cuál debe ser la actuación del banco en relación con el protesto o cualquier otro procedimiento legal sustitutorio, de manera que en caso de que el banco proceda a levantar el protesto podrá cargar todos los gastos que con ello origine a la parte de quien recibió la instrucción (art. 24, 1.º y 2.º párrafo RUC). En ausencia de tales instrucciones, los bancos que intervienen en la cobranza no tienen obligación alguna de protestar (o adoptar cualquier otro procedimiento legal similar sustitutorio) por impago o no aceptación (art. 24.2.º párrafo RUC).

Por otra parte, establece el art. 25 RUC que si el cedente designa a un representante para actuar en caso de impago y/o aceptación, la instrucción de cobro debe indicar de forma clara los datos de identificación de los poderes de dicho representante, pues en caso contrario, los bancos no están obligados a aceptar instrucción alguna impartida por dicho representante del cedente.

VII. LAS COMISIONES Y GASTOS DE LOS BANCOS QUE PARTICIPAN EN UNA COBRANZA

Cada uno de los bancos que participen en la cobranza tendrá derecho a percibir un premio o comisión, que estará obligado a abonar el cedente (art. 277 Cco). Asimismo, el cedente tendrá que satisfacer al banco remitente el importe de todos sus gastos y desembolsos, con el interés legal desde el día en que los hubiese hecho hasta su total reintegro (art. 278 Cco). Entre ellos pueden encontrarse cualquier cargo y/o gasto en que pudieran incurrir los bancos en relación con cualquier medida tomada para la protección de las mercancías [art. 10.d) RUC], los perjuicios y/o gastos que sean consecuencia de la entrega de la mercancía [art. 10.e.ii) RUC], las obligaciones y responsabilidades que pueden imponer las leyes y usos extranjeros [art. 11.c) RUC], y los relativos al protesto o a cualquier otro procedimiento legal sustitutorio (art. 24 *in fine* RUC).

No obstante, es posible que en las instrucciones de la cobranza se determine que los cargos y gastos sean por cuenta del librado, lo que no impedirá que el cedente quede como responsable subsidiario en caso de impago por aquél. En tal supuesto, el banco presentador podrá hacer entrega de los documentos contra pago de la cantidad estipulada aunque no incluya los cargos y gastos comentados, o contra la aceptación de documentos financieros, o contra la entrega de

un *letter of indemnity* o un *trust receipt* que no cubran dichos cargos y gastos, a no ser que expresamente indique la instrucción de cobro que los cargos y gastos no pueden ser rehusados por el librado. En ese caso, y con independencia del resultado de la cobranza, los cargos y gastos serán por cuenta del cedente, como responsable subsidiario, y podrán ser deducidos del importe que se hubiese cobrado antes de transferirlo a dicha parte [art. 21.a) y c) RUC].

Además, en relación con los cargos y gastos establece el art. 21.d) RUC que los bancos se reservan el derecho a exigir el pago por adelantado a la parte de la que se recibió la instrucción de cobro, suspendiendo la ejecución de sus instrucciones en tanto no hayan recibido dicho pago⁽⁶⁹⁾. Tal previsión no es más que una aplicación de la medida prevista en el art. 250 Cco a favor de todos los comisionistas.

VIII. EL COBRO POR PARTE DEL CEDENTE

Una vez que el banco presentador ha obtenido el pago del librado (importador), habrá de ponerlo a disposición de la parte de la que recibió la instrucción de cobro sin demora [art. 16.a) RUC],⁽⁷⁰⁾ y así sucesivamente habrán de operar todos los bancos participantes en la operación, trasladando la suma cobrada a la parte que le encomendó la comisión, deduciendo los cargos y/o los desembolsos según proceda, hasta que el importe resultante llegue a manos del cedente (exportador).

A este respecto, y, según justifican sus redactores, con el propósito de evitar el fraude y el blanqueo de dinero⁽⁷¹⁾, el art. 16.b) RUC establece que el banco cobrador efectuará el pago del importe cobrado únicamente a favor del banco remitente, y que en el caso de que el banco remitente hubiese indicado lo contrario en las instrucciones de cobro, no será necesario que el banco cobrador

⁽⁶⁹⁾ En algunos casos los cargos y gastos que un banco cobrador ha de pagar son sustancialmente superiores a las cargas de gestión normales. Por ejemplo, si el banco cobrador ha aceptado actuar por cuenta del banco remitente o el cedente para disponer la entrega de la mercancía, puede que tenga que pagar los derechos de aduana y los gastos del transportista por cuenta de ellos (*vid. CCI, Reglas Uniformes relativas a las cobranzas. Comentario*, publicación n.º 550, Barcelona, 1996, p. 34).

⁽⁷⁰⁾ También en este artículo, al igual que ya comentamos en relación con el art. 6 RUC, plantearon algunos comités nacionales la conveniencia de definir la expresión “sin demora”, estableciendo un número concreto de días (*vid. CCI, Reglas Uniformes relativas a las cobranzas. Comentario*, publicación n.º 550, Barcelona, 1996, p. 29).

⁽⁷¹⁾ Sobre el propósito perseguido con esta norma *vid. CCI, Reglas Uniformes relativas a las cobranzas. Comentario*, publicación n.º 550, Barcelona, 1996, p. 29.

manifieste expresamente su desacuerdo en este punto [de ahí que el art. 16.b) RUC suponga una excepción a lo dispuesto en el art. 1.c) RUC, que impone a los bancos la obligación de comunicar su intención de no tramitar alguna instrucción recibida en el seno de una cobranza]. Tal previsión implica que, para que el cedente tenga la seguridad de que el importe de la cobranza se va a transferir a un tercero designado por él, será necesario obtener previamente el acuerdo expreso del banco cobrador.

IX. LAS EXONERACIONES DE RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS

Los arts. 11 a 15 recogen una serie de supuestos en los que los bancos se exoneran de responsabilidad y cuya validez en nuestro Derecho será analizada a continuación.

1. Respecto a los actos del receptor de sus instrucciones

Según el art. 11.a) y b) RUC cada uno de los bancos que participe en una operación de cobranza responde exclusivamente de las actuaciones que ejecute personalmente, pero en ningún caso puede exigírsele responsabilidad por aquello que sea encomendado a otra entidad bancaria, aunque ellos mismos hayan tomado la iniciativa en la elección de tal otro o tales otros bancos.

Dicha cláusula sólo puede estimarse válida en nuestro Derecho si, como ya hemos adelantado ⁽⁷²⁾, calificamos las relaciones que encadenan a los sucesivos bancos que participan en la operación como subcomisiones, ya que de acuerdo con el art. 272 Cco, el primer comisionista no garantiza el buen fin de la segunda comisión, y no como sustituciones en la comisión, pues según el art. 262 Cco el comisionista quedaría responsable de las gestiones del sustituto siempre que él hubiese efectuado la elección ⁽⁷³⁾.

Partiendo de la calificación a la que aludimos, pueden añadirse dos argumentos a favor de la validez de la cláusula. En primer lugar, la doctrina jurisprudencial

⁽⁷²⁾ Vid. *supra*, epígrafe IV.

⁽⁷³⁾ La misma observación realiza respecto al Derecho francés ÇAKIROGLU, I.S., *cit.*, pp. 63 y 64, poniendo de manifiesto que, aunque el funcionamiento en la práctica imponga la calificación como submandato, hay jurisprudencia que condena como responsable al banco remitente en cuanto que la actuación negligente haya sido cometido por su corresponsal. No obstante, opina el autor que por muy meticuloso que sea el banco remitente en la elección no podrá evitar los riesgos de errores u omisiones de su corresponsal, por lo que el primero no tiene ninguna responsabilidad real sobre el control de las actuaciones del segundo.

dencial del “*contrato entre empresas*”, nombre con el que los Tribunales se refieren a las relaciones contractuales que no dan origen al vínculo necesario para hacer surgir una responsabilidad vicaria. En este sentido la jurisprudencia permite excluir la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, pues, en palabras del TS, “*ninguna mayor diligencia puede exigirse a una persona que encomendar una actividad determinada a quien profesionalmente le corresponde realizarla en aplicación de la técnica de que es titulado*”⁽⁷⁴⁾. En segundo lugar, hemos de referirnos al argumento del precio, no sin entender que éste último queda fuera de los razonamientos jurídicos, por lo que sólo puede utilizarse una vez admitida la validez legal de la cláusula de exoneración. De acuerdo con él puede justificarse la utilidad de la cláusula desde un punto de vista económico en la medida que reduce el precio de la cobranza: en cuanto que los riesgos que asume el banco se traducen, en último extremo, en costes de la operación, y, consiguientemente se reflejan en las comisiones cobradas, el desplazamiento del riesgo sobre la contraparte vendrá acompañado de una rebaja paralela del precio de la gestión de la que se beneficia la parte a la que se intenta proteger cuando se le niega validez.

Como consecuencia de la cláusula que comentamos, el cedente no puede reclamar al banco remitente daños y perjuicios por actuaciones que hayan realizado otros bancos participantes en la cobranza, tampoco puede utilizar una acción contractual para dirigirse contra estos bancos, dada la ausencia de un vínculo de esta naturaleza entre ellos. Únicamente le queda, como recurso a su alcance, una acción de responsabilidad extracontractual para poder exigir una indemnización al banco que sea el causante directo de los daños originados en su patrimonio.

2. Respecto a los documentos recibidos

De acuerdo con el art. 12 RUC los bancos sólo tienen en relación con los documentos recibidos la obligación de verificar que se corresponden con los enumerados en la instrucción de cobro, para que, en caso de que exista discordancia entre la lista de la instrucción y lo recibido, puedan comunicarlo sin demora por telecomunicación, o, si no fuese posible, por cualquier otro método rápido. Es decir, que si los documentos no aparecen enumerados en la instrucción de cobro, el banco queda exonerado de cualquier actuación respecto a ellos, y cumple su cometido si los presenta, sin comprobación alguna, tal como los reciba.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. SSTS de 18 de junio de 1979, 4 de enero de 1982 y 9 de julio de 1984. No obstante también pueden verse sentencias en las que el TS declara la responsabilidad del demandado por los daños causados por un contrato independiente (cfr. SSTS de 17 de marzo de 1980, 24 de noviembre de 1980 y 22 de febrero de 1985).

La citada cláusula de exoneración exige a los bancos de tener que reclamar nuevas instrucciones, tal como impone el art. 255.1 Cco, cuando las recibidas son incompletas en el sentido de que no determinan los documentos presentados. Por otra parte, deja patente que en las cobranzas el banco ni siquiera está obligado a realizar un examen aparente de los documentos como en el caso del crédito documentario, ya que en este tipo de operación es al librado a quien corresponde verificar que los documentos reúnen los requisitos estipulados.

Tampoco tienen ninguna responsabilidad los bancos cobradores si los documentos que deben ser confeccionados por el librado o su banco no reúnen los requisitos necesarios en cuanto a la forma o al contenido, salvo que el banco remitente instruya al banco cobrador o al librado sobre tales extremos (art. 8 *in fine* RUC).

3. Respetto a la validez de los documentos

La inclusión en las RUC del art. 13, que procede del art. 15, Reglas y Usos Uniformes relativas a los Créditos Documentarios ⁽⁷⁵⁾, puede advertirse innecesaria después de que ha quedado claro que el banco no realiza ningún examen ni de forma, ni de contenido sobre los documentos. El contenido de la exoneración abarca el valor y la autenticidad de los documentos, la veracidad de su contenido, así como la buena fe, solvencia o reputación de los transportistas, transitarios, consignatarios, aseguradores o cualquier otra persona que hubiese contratado con el cedente.

4. Respetto a la transmisión y la traducción de los mensajes y documentos

La primera parte del art. 14 está tomada del art. 16, Reglas y Usos Uniformes relativas a los Créditos Documentarios. Con esta amplia exoneración los bancos pretenden desplazar la responsabilidad por la pérdida, el retraso o la mutilación de los mensajes o documentos enviados hacia el sujeto que se encargue de su transmisión, que podrá tratarse de Correos o cualquier otra empresa de comunicación postal o mensajería, o bien, en el caso de las comunicaciones interbancarias, de SWIFT (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecom-*

(75) Vid. CCI, *Reglas Uniformes relativas a las cobranzas. Comentario*, publicación n.º 550, Barcelona, 1996, p. 27.

munication)⁽⁷⁶⁾. Tal desplazamiento de riesgos es admisible en nuestro Derecho siempre que la pérdida, el retraso o la mutilación de los mensajes o documentos enviados no sean consecuencia directa de sus actuaciones dolosas o gravemente negligentes (art. 1102 Cc); en esos casos, la cláusula será nula por oponerse a una norma imperativa de nuestro Derecho (art. 6.2 Cc), y los bancos quedarán responsables por los daños causados al cedente o al librado.

Por otra parte, el art. 14.1 *in fine* excluye la responsabilidad de los bancos por los errores que se cometan en la traducción o interpretación de términos técnicos, y les reserva el derecho a transmitir los términos de la cobranza sin traducirlos. Igualmente cabe precisar aquí que, conforme al art. 1102 Cc, si los bancos, a pesar de no estar obligados a ello, proceden a traducir a otra lengua los términos originales de las instrucciones remitidas, quedarán responsables frente al cedente o frente al librado si, como consecuencia de su incorrecta traducción, cualquiera de ellos sufre alguna consecuencia perjudicial en su patrimonio.

Finalmente, el apartado b) del artículo 14 aclara que los bancos no serán responsables de las demoras que puedan derivarse de la necesidad de obtener las aclaraciones necesarias respecto de cualquier instrucción recibida, lo que resulta acorde con lo dispuesto en el art. 255.1 Cco⁽⁷⁷⁾.

(76) A este respecto cuando la pérdida, mutilación o retraso del mensaje se produzca en las comunicaciones entre bancos, la sociedad SWIFT contempla en su manual de instrucciones (al que están sometidos todos los miembros del sistema) quién y cómo responde ante un supuesto de daños frente a terceros, y cómo se distribuye el riesgo *ad intra*, esto es, entre la sociedad SWIFT y los bancos del sistema. Los principios generales que informan el aludido sistema de responsabilidad parten de que SWIFT, en tanto que sociedad jurídica, se hace cargo de la seguridad de los centros operativos y de los procesadores regionales o nacionales, así como de todas aquellas instalaciones o dispositivos necesarios para la correcta interconexión y transmisión de datos entre ambos focos; mientras que los bancos y demás entidades financieras, por su parte, responden por sus instalaciones terminales, incluidos *modems* y aparatos de descodificación. Los capítulos 6 (“*Banks responsibilities and liability*”) y 7 (“*SWIFT responsibility and liability*”) del Manual SWIFT se encargan de desarrollar pormenorizadamente estos principios (*vid.* CISNAL DE UGARTE, S.E., “Las transacciones financieras bancarias en el ámbito internacional: SWIFT”, *Derecho de los Negocios*, 1992, n.º 24, pp. 18 y 19).

(77) Una aplicación concreta de esta regla es la que se desarrolla en el art. 4.c) cuando tras establecer que las instrucciones de cobro deberían contener la dirección completa del librado o el domicilio donde deba efectuarse, se añade que si la dirección es incompleta o incorrecta, el banco cobrador podrá, sin compromiso ni responsabilidad por su parte, intentar averiguar la dirección correcta. En ese caso, el banco cobrador no tendrá obligación ni responsabilidad alguna por cualquier demora que pudiera producirse.

5. Por fuerza mayor

La exoneración de responsabilidad del art. 15 coincide también con el primer apartado del art. 17 de las Reglas y Usos Uniformes relativas a los Créditos Documentarios. Dicha exoneración es acorde con nuestro Derecho, donde el art. 1105 Cc establece que “*fuera de los expresamente mencionados en la Ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*”.

X. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO HERNÁNDEZ, A., voces “Remesa documentaria” y “Remesa simple”, *Diccionario de la exportación*, Madrid, 1986, pp. 848 a 851.

ALONSO HERNÁNDEZ, A., voz “Reglas Uniformes para Remesas al Cobro”, *Diccionario de la exportación*, Madrid, 1986, pp. 835 a 841.

ARENA, A., “Sulla clausola «pagamento contro documenti»”, *Rivista del Diritto della Navigazione*, 1941, pp. 116 a 131.

BALOSSINI, C.E., *Gli incassi tramite banca nelle norme internazionali uniformi della CCI*, Milán, 1981.

BONTOUX, C., “Régles Uniformes pour l'encaissement de papier commercial. Nouveau Code révisé (1967) de la CCI”, *Banque*, 1968, n.º 259, pp. 34 y 35.

BRUGI, B., “Pagamento contro documenti e pagamento con apertura di credito”, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1922, II, pp. 681 a 684.

ÇAKIROGLU, I.S., *Crédit documentaire*, 2.ª ed., París, 1990.

CANTOS, M., *Introducción al comercio internacional*, Madrid, 1998.

CAPRIOLI, E.A., *Le crédit documentaire: evolution et perspective*, París, 1992.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Medios de pago internacionales”, *Contratos internacionales* (dir. Calvo Caravaca y Fernández de la Gándara), Madrid, 1997, pp. 732 a 862.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, *Reglas Uniformes relativas a las cobranzas*, publicación n.º 522, Barcelona, 1995.

— CCI, *Reglas Uniformes relativas a las cobranzas. Comentario*, publicación n.º 550, Barcelona, 1996.

— ICC, *Opinions of the ICC Banking Commission 1995-1996. Responses to queries on UCP 400, UCP 500 and URC 322* (ed. Gary Collyer), París, 1997.

— ICC, *World payment systems handbook*, publicación n.º 566, París, 1997.

— ICC, *Incoterms 2000*, publicación n.º 560, París, 1999.

CHECA MARTÍNEZ, M., “Medios de pago internacionales”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, pp. 4250 a 4253.

— *El crédito documentario en el Derecho del comercio internacional*, Madrid, 1994.

CISNAL DE UGARTE, S.E., “Las transacciones financieras bancarias en el ámbito internacional: SWIFT”, *Derecho de los Negocios*, 1992, n.º 24, pp. 11 a 22.

GARRIGUES, J., “La mediación de los bancos en las ventas internacionales”, *Contratos bancarios*, Madrid, 1975.

— *Tratado de Derecho mercantil*, tomo III, vol. I, Madrid, 1963.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Las normas sobre «conflictos de leyes» en materia de letra de cambio, pagaré y cheque: presupuestos, soluciones y problemas”, *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Madrid, 1986, pp. 953 a 978.

GUARDIOLA SACARRERA, E., “La cláusula de reserva de dominio en los contratos de compraventa internacional de mercancías. Su eficacia frente a terceros según la legislación española y el Derecho comparado”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1984, pp. 655 a 694.

GUERRERO LEBRÓN, M.J., “La responsabilidad del banco avisador en las operaciones de crédito documentario”, *CDC*, n.º 27, pp. 153 a 195.

GUTTERIDGE, H.C. y HEGRAM, M., *The Law of Bankers' Commercial Credit*, Londres, 1984.

HERNÁNDEZ MARTÍ, J., “Las operaciones bancarias y parabancarias de mediación de los pagos”, *Derecho del Mercado Financiero*, tomo II, *Operaciones bancarias de activo y pasivo*, vol. I (dir. Ureba-Martínez-Simancas), Madrid, 1994, pp. 445 a 453.

HERNÁNDEZ MUÑOZ, L., voz “Remesa”, *Diccionario terminológico de comercio exterior*, Madrid, 1992, pp. 286 y 287.

ILLESCAS ORTIZ, R., “El Derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática”, *RDM*, 1993, n.º 207, pp. 37 a 91.

JAHN, U., *Bills of exchange. A guide to legislation in European countries, Asia & Oceania*, 3.ª ed., publicación n.º 593 de la CCI, París, 1999.

JIMÉNEZ DE PARGA, R., “Pago contra documentos”, *Estudios en homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, 1971, pp. 167 a 180.

KOZOLCHYK, B., *El crédito documentario en el Derecho americano. Un estudio comparativo*, Madrid, 1973.

MARIMÓN DURÁ, R., “Naturaleza de las Reglas y Usos Uniformes para los créditos documentarios de la CCI. (Comentario a la STS de 9 de octubre de 1997)”, *CDC*, n.º 27, pp. 269 a 297.

MÁRQUEZ NARVÁEZ, J.M., *Medios de pago en la compraventa internacional*, Madrid, 1993, pp. 109 a 139.

MATTOUT, J.P., *Droit Bancaire International*, París, s.f.

MERCADO, H.S., *El comercio internacional II*, Méjico, 1986.

MONTERO VILARIÑO, M.ª D., *El comercio internacional: normativa, medios de cobro y pago, financiación, operaciones especiales*, Vigo, 1993.

MORENO GORMAZ, J.E., *Guía teórica y práctica del exportador*, Madrid, 1997.

RIVA, J.L., *Crédito documentario y otros mecanismos de pago en las operaciones de Comercio exterior*, Buenos Aires, 1997.

RUBIO SANZ, J., “Medios de pago y cobro internacionales”, *Comercio Exterior. Curso de Especialistas*, vol. 1, Madrid, 1996, 2.ª ed., pp. 337 a 397.

SÁNCHEZ LORENZO, S., *La cláusula de reserva de dominio en el Derecho Internacional Privado (problemas de Derecho aplicable en el Derecho español)*, tomo I, Madrid, 1988.

SASSOON, D.M., “Documentary Credits: the applicant and the advising bank”, *Journal of Bussiness Law*, 1986, pp. 33 a 36.

SCHINNERER, E., “Collection by banks and its documents”, *The Law of International Trade Law* (ed. Norbert Horn), vol. 6, Boston, 1989, pp. 187 a 201.

SERANTES SÁNCHEZ, P., *Financiación del Comercio exterior. Manual práctico*, Instituto Español de Comercio Exterior, Madrid, 1990.

SERANTES SÁNCHEZ, P., *Análisis práctico de los diferentes medios de pago*, Instituto Español de Comercio Exterior, Madrid, 1996.

STOUFFLET, J., *Le crédit documentaire. Étude juridique d’un instrument financier du commerce international*, París, 1957.

WICKREMERATNE, L., *ICC Guide to collection operations for the ICC Uniform Rules for Collections (URC 522)*, publicación n.º 561, París, 1996.

LA REGULACIÓN DE LAS “MURALLAS CHINAS”: UNA TÉCNICA DE PREVENCIÓN DE CONFLICTOS DE INTERÉS EN EL MERCADO DE VALORES ESPAÑOL

ANNA MARÍA SALA I ANDRÉS

Doctora en Derecho. Profesora TEU interina. Área de Derecho Mercantil de la Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA IMPLANTACIÓN DE LAS “MURALLAS CHINAS”: UNA CONSECUENCIA DE LA DESREGULACIÓN EN EL MERCADO DE VALORES.
 - 1. **Concepto y causas de los conflictos de interés en el mercado de valores.**
 - 2. **Respuestas legislativas a los conflictos de interés: “normas estructurales” y “normas transaccionales”.**
 - 3. **Las murallas chinas: una medida estructural para prevenir conflictos de interés.**
- III. LA REGULACIÓN DE LAS “MURALLAS CHINAS” EN EL DERECHO ESPAÑOL DEL MERCADO DE VALORES.
 - 1. **La ordenación de los conflictos de interés en la Ley del Mercado de Valores.**
 - 2. **Las murallas chinas en el derecho español del mercado de valores.**
 - A) Consideraciones generales.
 - B) El establecimiento de barreras informativas (Análisis del artículo 83 LMV).

- a) *Sujetos obligados.*
 - b) *Conducta exigida.*
 - a') Introducción.
 - b') Información privilegiada e información reservada.
 - c') Medidas de separación.
 - c) *Régimen sancionador.*
-

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los fenómenos jurídicos más representativos del derecho mercantil europeo de finales del siglo XX es, sin duda, el proceso de desregulación que ha afectado a un gran número de sectores caracterizados por una elevada intervención legislativa por parte de los poderes públicos que limitaba, condicionaba o restringía la iniciativa y el desarrollo de ciertas actividades económicas. La desregulación de estos sectores ha significado la sustitución de una “regulación de estructura”, que imponía un modelo cerrado de mercado, por una *neoregulación* o “regulación de comportamientos” mediante la cual se ordena el mercado a partir del establecimiento de las normas de conducta que deben respetar los operadores⁽¹⁾.

(1) Son muchos los autores, tanto economistas como juristas, que han aportado distintas definiciones del término desregulación, lo que demuestra la complejidad y conflictividad de esta tarea. Entre las aportaciones de los economistas cabe destacar, entre otros: AA.VV., *Regulación y competencia en la Economía Española*, Civitas, Madrid, 1995; BASEDOW, J., “La política de la competencia en los sectores exceptuados —un balance de la desregulación en Alemania y en Europa—”, traducido por los Profesores Recalde y Martínez Sanz, en *RDM*, 1993, pp. 1277 y ss.; BELI QUERALT, G. (ed.) *Privatización, desregulación y competencia*, Civitas, Madrid, 1996; y FREIXAS, X., “Fundamentación teórica de la regulación de los mercados financieros”, *Moneda y Crédito*, 1990, pp. 11 y ss. También existen aportaciones importantes en la doctrina jurídico-administrativista: *vid.* DE LA SERNA BILBAO, M.N., *La Privatización en España. Fundamentos Constitucionales y Comunitarios*, Aranzadi, Bilbao, 1995; y SORIANO GARCÍA, J.E., *Desregulación, privatización y Derecho administrativo, Studia Albornotiana*, Bolonia, 1993. Entre la doctrina mercantil *vid.* con carácter general: VICENT CHULIÀ, F., “Poderes Públicos y Derecho de la competencia”, *RGD*, 1993, pp. 3313 y ss.; y VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Tirant lo blanch, Cuatrecasas, Valencia, 1995. En relación a la desregulación en el mercado de valores es fundamental: SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “La nueva Legislación del Mercado de Valores (Fundamentos económicos y jurídicos para la regulación de la materia)”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (Coord.), *Perspectivas Actuales del Derecho mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 91 y ss.; JARREL, G.A., “Change at the exchange: the causes and effects of deregulation”, *J.Law & Econ.* 1984, pp. 273 y ss.; y POSER, N., *International Securities Regulation. London's Big Bang and the European Securities Markets*, Little, Brown, Boston-Toronto-Londres, 1991. *Vid.* también: SALINAS ADELANTADO, C., “Desregulación y neoregulación en el mercado de valores”, *RDM*, 1997, pp. 709 y ss.

La distinción entre regulación de estructura —construcción estructural de un mercado cerrado— y la regulación de comportamiento —determinación de la conducta de los miembros

El mercado de valores europeo no ha sido ajeno a este fenómeno sino que, contrariamente, es uno de los sectores donde puede afirmarse que este proceso, circunscribiéndose dentro de un movimiento de armonización internacional ⁽²⁾, ha tenido lugar de forma progresiva, iniciándose a principios de los años ochenta y concluyendo con la aprobación de la Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables (en adelante, DSI), modificada con posterioridad por la Directiva 95/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio.

El nuevo derecho del mercado de valores en los distintos Estados miembros de la Unión Europea se caracteriza, debido a este proceso desregulador, de un lado, por la eliminación de aquellas normas que exigían unas comisiones fijas en el mercado, que limitaban el acceso al mercado a ciertos sujetos y que incluían limitaciones operativas a los miembros de este mercado. De otro lado, con la *neoregulación* se han establecido las condiciones mínimas de acceso y salida de este mercado, comportando una apertura del mismo a nuevos miembros tales como las entidades de crédito; se han desarrollado las pautas básicas de funcionamiento y comportamiento de los operadores con el fin de cumplir con el principio de transparencia y de asegurar la actuación leal y honesta de los mismos; y, finalmente, se ha instaurado un sistema de vigilancia a cargo de organismos especializados ⁽³⁾. Este proceso “*neoregulador*”, sin embargo, no

en el mercado— se observa claramente en FREIXAS, X., “Fundamentación...”, op. cit., pp. 11-32. El profesor SÁNCHEZ ANDRÉS, A., también distingue claramente ambos tipos de reglas señalando no obstante la necesidad de relativizar su distinción ya que las regulaciones de comportamiento no tienen como objetivo separar “buenas y malas prácticas financieras”, sino que “trascienden claramente el plano de conducta proyectando sus efectos sobre la estructura misma del mercado...”, en “La nueva Legislación...”, op. cit., p. 113.

(2) Así, SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Apunte crítico sobre algunas propuestas de reforma de la Ley del Mercado de Valores dignos de comentario”, *RDBB*, 1998, p. 841.

(3) Para un análisis sobre los cambios que ha supuesto la desregulación del mercado de valores *vid.* fundamentalmente: SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “La nueva Legislación...”, op. cit., pp. 91 y ss.; REGOLI, D., “Aspetti comparatistici della disciplina del mercato finanziario dell’investimento”, *Riv. Soc.*, 1994, pp. 110 y ss.; y POSER, N., *International...*, op. cit., p. 5 y ss. También con carácter general *vid.*: ALBELLA SANTAMARÍA, J., *La ordenación del mercado de valores: un ordenamiento dinámico*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 17. En relación a las novedades que comporta la DSI, entre las que cabe destacar, por una parte, la instauración del pasaporte comunitario o licencia única por la cual cualquier empresa de servicios de inversión autorizada en un Estado miembro podrá, directamente o por medio de sucursal, actuar en otro Estado miembro, y, por otra parte, el reconocimiento generalizado del sistema de banca universal por el cual las entidades de crédito podrán también actuar como miembros del mercado de valores, *vid.*: FERON, B. y WOUTERS, H., “La Directive 93/22 concernant les services d’investissement dans le domaine des valeurs mobilières et son impact sur la loi du 4 décembre 1990”,

sólo se ha definido por las novedades sustantivas que hemos indicado, sino también por la utilización de una nueva técnica legislativa mediante la cual se ha intentado instaurar unos principios generales que informen toda la disciplina y que, a la vez, ofrezcan flexibilidad en su aplicación y agilidad en sus reformas para así dar respuesta a los constantes cambios que acontecen en este mercado⁽⁴⁾.

Son muchas las novedades, como hemos indicado, que ha comportado esta nueva regulación del mercado de valores, si bien el presente estudio se centrará en alguno de los efectos negativos que, a nuestro juicio, puede provocar este nuevo orden. Concretamente nos referimos a la aparición de nuevos conflictos de interés entre los intermediarios y sus clientes-inversores debido, especialmente, a la existencia de información material no pública. El objetivo de este artículo, tras un sucinto análisis del concepto de los conflictos de interés y de las causas que los provocan, es realizar una aproximación a una de las técnicas que el legislador español ha introducido en este nuevo derecho del mercado de valores para hacer frente a este problema. Concretamente, nos referimos a la regulación de las “murallas chinas”, una técnica preventiva de ordenación de los conflictos de interés provocados por la existencia de información material no pública cuya aparición es, a nuestro entender, consecuencia de la desregulación y cuyo régimen incorpora todas las características, tanto formales como materiales, que definen la nueva regulación del mercado de valores.

Rev. prat. soc., 1994, pp. 210 y ss.; LASTENOUSE, P., “Les règles de conduite et la reconnaissance mutuelle dans la directive sur les services d’investissement”, *Revue du Marché Unique Européen*, 1995, p. 82; FERRARINI, G., “Le Direttive comunitaire in tema di servizi di investimento”, *BBTC*, 1994, pp. 521 y ss.; idem, “Towards an European Law of Investment Service and Institutions”, *Common Market Law Review*, 1994, pp. 1283 y ss.; FERRARINI, G. (ed.), *European Securities Markets, The Investment Service Directive and Beyond*, Kluwer Law International, Londres, 1998; y FOMBELLIDA, J.M., “La proposition de Directive concernant les services d’investissement”, *Cahiers de Droit Européen*, 1989, pp. 583 y ss. Un estudio comparativo del proceso de desregulación en Europa y Estados Unidos puede hallarse en: POSER, N., *International...*, op. cit., pp. 5 y ss.; y SALINAS ADELANTADO, C., “Desregulación...”, op. cit., pp. 714 y ss.

(4) La doctrina especializada distingue tres modelos utilizados por los Estados miembros: el modelo de *self-regulation* o autorregulación, el modelo legal y el modelo mixto. En el primero, la Ley delega a las asociaciones profesionales de los intermediarios o a los órganos de gobierno del mercado de valores el poder de autodisciplinar su propia actividad. La regulación estatal o legal es la que procede del propio Estado. Y, finalmente, la regulación mixta es aquella en que el Estado establece los principios generales y remite su desarrollo a distintos organismos profesionales. *Vid.*: REGOLI, D., “Aspetti...”, op. cit., p. 110; y WYMEERSCH, E., “The Implementation of the ISD and CAD in National Legal Systems”, en FERRARINI, G. (ed.), *European Securities Markets. The Investment Service Directive and Beyond*, Kluwer Law International, Londres, 1998, pp. 7 y ss.

II. LA IMPLANTACIÓN DE LAS “MURALLAS CHINAS”: UNA CONSECUENCIA DE LA DESREGULACIÓN EN EL MERCADO DE VALORES

1. Concepto y causas de los conflictos de interés en el mercado de valores

Los conflictos de interés pueden definirse como “aquellas situaciones en las cuales el interés personal de un sujeto puede presentar conflicto con un deber fiduciario que se debe a otra persona o en las cuales una persona tiene un conflicto potencial con los deberes fiduciarios hacia dos o más personas”⁽⁵⁾. La doctrina, con carácter general, considera los conflictos de interés como un mal endémico al mercado de valores provocado por las características que definen la relación entre un intermediario y su cliente⁽⁶⁾. En efecto, esta relación se concreta en la necesaria confianza que el cliente debe tener hacia el intermediario debido, en primer lugar, a la existencia de información asimétrica y, en segundo lugar, a que el cliente sólo puede valorar la prestación del servicio *ex post*⁽⁷⁾. De esta manera, un intermediario, ante la imposibilidad de control directo de su actuación por el cliente, puede, en determinadas circunstancias, operar en su propio interés o en el de un cliente privilegiado, apartándose así del

(5) POSER, N., *International...*, op. cit., p. 183. También presenta una definición similar de conflicto de interés: ENRIQUES, L., “Lo Svolgimento di attività di intermediazione mobiliare da parte delle Banche: Aspetti della disciplina privatistica”, *BBTC*, 1996, p. 653.

(6) Así, SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “La reforma del Mercado de Valores español: algunas claves orientadoras”, *RDBB*, 1990 p. 22, al afirmar que los conflictos de interés “forman parte de la naturaleza de las cosas”. En este sentido *vid.*: ENRIQUES, L., “Lo Svolgimento...”, op. cit., pp. 651-652; y MERANI, M.C., “Il problema del conflitto di interesse nell’intermediazione mobiliare”, en ALPA, G., *I Valori Mobiliari*, Cedam, Padua, 1991, p. 326.

(7) Al respecto *vid.* ENRIQUES, L., “Lo Svolgimento...”, op. cit., pp. 651-652; KÖNDGEN, J., “Rules of Conduct: Further Harmonisation?”, en FERRARINI, G. (ed.), *European Securities Markets, The Investment Service Directive and Beyond*, Kluwer Law International, Londres, 1998, p. 117; y POSER, N., *International...*, op. cit., p. 183. En especial estos autores afirman que el conflicto de interés parece más evidente si además de la existencia de información asimétrica y de la posibilidad de valoración *ex post* reconocemos que los intermediarios no sólo asesoran a los clientes, sino que en muchas ocasiones realizan acciones discretivas y que los clientes no tienen la habilidad o el conocimiento necesario para saber si el asesoramiento o recomendación que reciben es en su interés. El profesor SÁNCHEZ ANDRÉS afirma que la información asimétrica es la principal imperfección del mercado y la define como la desigualdad informativa entre los partícipes. Manifiesta además que debido a la falta de igualdad se forma una cadena de asimetrías que define de la siguiente manera: “...el público sabe menos de los valores que los *brokers* de los que se sirve, estos a su vez suelen tener menos datos que los especialistas con que trabajan cada uno de ellos, y el especialista, por su parte, carece de la información privilegiada que disfruta un *insider*”, *vid.* en “La nueva

deber de actuar de forma leal defendiendo los intereses de sus clientes y evitando anteponer sus intereses o los de un tercero⁽⁸⁾.

La posibilidad de que aparezcan conflictos de interés, a nuestro entender, se ha incrementado a partir de la nueva regulación europea del mercado de valores provocado, principalmente, por el cambio de estatuto jurídico de los intermediarios, por el aumento de actividades que estos pueden realizar, y, finalmente, por el hecho de permitir la entrada de nuevos operadores⁽⁹⁾.

En efecto, una primera consecuencia de la desregulación, que afecta al nuevo estatuto jurídico de los intermediarios, es la sustitución del Agente de Cambio, persona física que actuaba como comisionista por cuenta ajena y a la vez como fedatario público, especialmente en España, Francia e Italia, por unos intermediarios profesionalizados, ahora en forma de sociedad mercantil, que además, a algunos de ellos, se les permite operar tanto por cuenta propia como por cuenta ajena⁽¹⁰⁾. La introducción de dicha capacidad dual beneficia al mercado de valores al propiciar más liquidez, profundidad y al evitar procesos anticíclicos, pero a la vez también provoca un incremento de los conflictos de interés ya que una entidad, al recibir una orden de un inversor, puede ver afecta-

Legislación...”, op. cit., pp. 111-112. También caracterizan de la misma forma la relación entre los intermediarios y los clientes: MERANI, M.C., “Il problema...”, op. cit., p. 326; CAVAZUTTI, F., “Conflitti di interessi e informazioni asimmetriche nella intermediazione finanziaria”, en MINERVI, G., *Il Diritto della borsa nella prospettiva degli anni novanta*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, 1993, p. 25; y McCORMACK, G., “Conflicts of Interest and The Investment Management function”, *Comp. Law*, 1999, p. 3.

(8) En este sentido: POSER, N., *International...*, op. cit., p. 184; y ENRIQUES, L., “Lo Svolgimento...”, op. cit., p. 652. La CNMV también ha afirmado que “...en lo que se refiere a la conducta de las sociedades y agencias de valores en sus actuaciones en el mercado y en su trato con los clientes, los problemas detectados de mayor importancia vinieron propiciados por algunos episodios de infidelidad de empleados y representantes...”, en CNMV, *Informe anual 1991*, Madrid, 1992, p. 210.

(9) También consideran que la desregulación ha supuesto un incremento de los conflictos de interés: CRANSTON, R., “Banking and Investment Services: Implications of the New Financial Landscape”, en FERRARINI, G. (Ed.), *European Securities Markets, The Investment Service Directive and Beyond*, Kluwer Law International, Londres, 1998, p. 46; BEATSON, J., “The Relationship between Regulations Governing the Financial Services Industry and Fiduciary Duties Under the General Law”, en McKENDRICK, E. (ed.), *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 56; CAVAZZUTTI, F., “Conflitti...”, op. cit., pp. 21-22; SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “La nueva Legislación...”, op. cit., p. 109; FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ ACEBO, A., *Las normas de conducta en el Derecho del Mercado de Valores*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2000, p. 401; y McCORMACK, G., “Conflicts...”, op. cit., p. 2.

(10) En este sentido: SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “A modo de prontuario sobre una reforma polémica: La Ley 24/1988 del Mercado de Valores”, *RDM*, 1989, pp. 272-273; POSER, N., *International...*, op. cit., p. 184; y ANNUNZIATA, F., “Intermediazione mobiliare e agire disinteressato: I profili organizzativi interni”, *BBTC*, 1994, p. 634.

dos sus propios intereses⁽¹¹⁾. Un claro ejemplo de conflicto de interés aparecería cuando un intermediario recibe la orden de un cliente de comprar ciertos valores en el mercado y la entidad prefiere adquirirlos para sí misma.

En segundo lugar, la desregulación, con el ánimo de incrementar la oferta de servicios a los inversores, permite a los intermediarios realizar actividades ajenas a los servicios de inversión y actividades financieras sobre otros instrumentos⁽¹²⁾. Ello supone que se potencia la aparición de las llamadas entidades o grupos de entidades multiservicios cuya creación ahora se permite al eliminar aquellas reglas que prohibían la interrelación entre entidades de servicios de inversión a través de sus órganos de administración o por medio de participaciones accionariales. La creación de entidades o grupos de entidades multiservicios permite la unión de actividades en una sola entidad o grupo provocando efectos económicos positivos al posibilitar la diversificación de los riesgos en los negocios, crear economías de escala y, finalmente, aumentar al máximo la competencia en este mercado⁽¹³⁾. De esta manera, la desregulación ha provocado el declive de la segmentación funcional para fomentar la polivalencia funcional⁽¹⁴⁾. No obstante, el riesgo inherente a esta polivalencia, tanto cuando se trata de una persona jurídica como de un grupo, está en el aumento de los conflictos de interés a causa del incremento de flujos no controlados de información privilegiada o reservada de un actividad a otra⁽¹⁵⁾. En efecto, las operaciones que una entidad realice por medio de sus diversos departamentos pueden obedecer al cumplimiento de órdenes de clientes con intereses contrapuestos e

(11) En este sentido: SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “La reforma...”, op. cit., pp. 20-22.

(12) Así, MARTÍNEZ-PARDO DEL VALLE, R. y MORENO ESPEJO, A., “La reforma de la Ley del Mercado de Valores y las empresas de servicios de inversión”, *PSF*, 1999, p. 30; y POSER, N., *International...*, op. cit., p. 185.

(13) En este sentido, *vid.* SAUNDERS, “Conflicts of Interest: An Economic View”, en WALTER, I. (ed.), *Deregulation Wall Street*, 1985, p. 207; y SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “La nueva Legislación...”, op. cit., pp. 108-109, al afirmar que debe evitarse el minifundio, facilitar fusiones que aseguren una dimensión adecuada, agilizar los cambios de accionariado y también procurarse la diversificación del riesgo ya que de esta manera se relativiza el riesgo de que los consumidores modifiquen sus preferencias, permite conocer mejor al cliente y, a la vez, permite tener más información.

(14) Así, SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “La nueva Legislación...”, op. cit., p. 109.

(15) En este sentido *vid.* MARTÍNEZ-PARDO DEL VALLE, R. y MORENO ESPEJO, A., “La reforma...”, op. cit., p. 38; GRAHAM, P., “The Statutory Regulation of Financial Services in the United Kingdom and the Development of Chinese Walls in Managing Conflicts of Interest”, en McKENDRICK, E. (ed.), *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 50; y SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “La nueva Legislación...”, op. cit., p. 109, que señala como riesgos a la polivalencia funcional: los conflictos de interés, el abuso de información privilegiada y la asignación discriminatoria de recursos.

incluso afectar a sus propios intereses⁽¹⁶⁾; y, además, los intermediarios pueden ahora obtener información en el desarrollo de alguna de sus actividades que si es utilizada en otra actividad producirá una ventaja de esta entidad y de sus clientes sobre el resto de participantes en el mercado⁽¹⁷⁾. El uso de información privilegiada en una entidad multiservicios podría aparecer, por ejemplo, cuando su departamento de inversiones está preparando una OPA y, conociendo esta información, aconseja a sus clientes la compra de estas acciones con el objetivo de venderlas a un precio superior cuando se presente dicha OPA.

Finalmente, y como tercer efecto destacable de la desregulación, no podemos olvidar que uno de los objetivos de la armonización ha sido instaurar un sistema de banca universal, lo que significa que las entidades de crédito pueden actuar como intermediarios en el mercado de valores. De esta manera, en el mercado bursátil ya no sólo pueden actuar como intermediarios aquellas sociedades con objeto social exclusivo sino que ahora se les agregan las entidades de crédito que, además de actuar como intermediarios del mercado de crédito, pueden también realizar operaciones típicamente bursátiles. De esta manera, aparece en el mercado de valores una mayor dimensión concurrencial al permitirse la entrada de nuevos sujetos que a la vez pueden ofrecer pluralidad de servicios⁽¹⁸⁾. Sin embargo, la inclusión de las entidades de crédito como posibles intermediarios en el mercado de valores aumenta considerablemente el riesgo de los conflictos de interés por razones de distinta naturaleza⁽¹⁹⁾. Por una parte, estas entidades generalmente ofrecen diversos servicios de inversión, con lo cual presentan los mismos problemas que las entidades multiservicios. Por otra parte, los intereses de una entidad de crédito en el desarrollo de su función como intermediario del crédito y de su función de intermediario en el mercado

(16) En este sentido *vid.* HAZEN, T.L., *Treatise on The Law of Securities Regulation* (2nd ed.) (Vol. 1), West Publishing Co., St. Paul, 1990, pp. 523-529; ENRIQUES, L., “Lo Svolgimento...”, *op. cit.*, p. 667; ANNUNZIATA, F., “Intermediazione...”, *op. cit.*, p. 637; y POSER, N., “Chinese Wall or Emperor’s New Clothes”, *Comp. Law*, 1988, p. 121.

(17) En este sentido: CRANSTON, R., “Insider Dealing-Informational Imbalances and Financial Businesses”, en HOPT, K. y WYMEERSCH, E., *European Insider Dealing*, Butterworths, Londres, 1991, p. 217.

(18) Así, SANCHEZ ANDRÉS, A., “La reforma de los mercados de títulos en España”, en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil (Homenaje a Evelio Verdura y Tuells)*, Tomo III, La Ley, Madrid, 1994, p. 2358.

(19) Un estudio completo sobre las dificultades que implica la actuación de las entidades de crédito en el mercado de valores en HOPT, K., “Insider Information and Conflicts of Interest of Banks and Other Financial Intermediaries in European Law”, en HOPT, K. y WYMMERSCH, E., *European Insider Dealing*, Butterworths, Londres, 1991, pp. 238-242.

de valores son generalmente incompatibles⁽²⁰⁾. Un supuesto en el que aparecería un conflicto de interés sería cuando una entidad de crédito financia por medio de préstamos a una sociedad objeto de una OPA y paralelamente su departamento de inversión asesora a la sociedad que presenta esa OPA.

2. Respuestas legislativas a los conflictos de interés: “normas estructurales” y “normas transaccionales”

A pesar de que consideramos que las novedades señaladas que conlleva la desregulación tienen efectos positivos, como hemos manifestado anteriormente, tanto para los inversores como para el mercado de valores, también somos conscientes de que dichos efectos sólo podrán continuar siendo positivos si el legislador introduce las medidas necesarias para reducir o resolver los conflictos de interés provocados por estas innovaciones. En efecto, en nuestra opinión, ante la posibilidad manifiesta de que aparezcan conflictos de interés que pueden, en la práctica, resolverse negativamente para los clientes-inversores, será necesario que el nuevo derecho del mercado de valores establezca algún mecanismo cuyo fin sea reducir o eliminar la aparición de estos conflictos o, al menos, establecer un sistema de actuación que garantice un trato equitativo entre los inversores para, de esta forma, mantener su confianza en el mercado de valores.

Varias son las opciones que el legislador podría tomar ante la presencia de conflictos de interés que a continuación expondremos brevemente⁽²¹⁾. Una primera alternativa sería aceptar la existencia de los conflictos de interés confiando en que el mercado eliminará aquellas entidades que actúen de forma desleal al no respetar los intereses de sus clientes. Sin embargo, es opinión dominante que el riesgo de que el intermediario actúe en beneficio propio no está limitado por la competencia con otros operadores debido, principalmente, a la dificultad de control de la calidad de los servicios tanto por parte del mercado como de los propios inversores⁽²²⁾.

(20) En este sentido *vid.* ENRIQUES, L., “Lo Svolgimento...”, *op. cit.*, pp. 667-668; COSTI, “Las empresas de inversión mobiliaria en el ordenamiento comunitario y en el italiano” en VERDERA Y TUELLS, E. (coord.), *El nuevo mercado de valores*, Studia Albortotiana, Bolonia, 1993, pp. 162-163; y CRANSTON, R., “Banking...”, *op. cit.*, p. 53.

(21) Sobre una discusión doctrinal general de cómo debería resolverse el problema de los conflictos de interés en el mercado de valores *vid.*: MERANI, C., “Il problema...”, *op. cit.*, pp. 349 y ss.; FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ ACEBO, *Las normas...*, *op. cit.*, pp. 405 y ss.; y CAVAZZUTI, F., “Conflitti...”, *op. cit.*, pp. 26 y ss.

(22) Al respecto *vid.* ENRIQUES, L., “Lo Svolgimento...”, *op. cit.*, pp. 651-652, nota 61 y HOPT, K., “Inside Information...”, *op. cit.*, p. 240.

Una segunda opción, opuesta a la anterior, se fundamentaría en la eliminación de todas aquellas situaciones que pudieran provocar conflictos de intereses, lo que significaría, por una parte, que un intermediario sólo podría dedicarse a un tipo concreto de actividad y, por otra parte, la prohibición de actuar por cuenta propia y ajena. Aún más, se llegaría al absurdo de tener que exigir que todo intermediario en el mercado sólo tuviera un cliente⁽²³⁾. En nuestra opinión adoptar esta posición sería ineficiente si tenemos en cuenta que la causa principal que origina estos conflictos —la unión de las actividades en una sola entidad— también, como hemos señalado anteriormente, tiene efectos económicos positivos. En definitiva, optar por la eliminación de todas las situaciones que provocan conflictos de interés sería eliminar la desregulación en el mercado de valores.

Una tercera solución, seguida en un inicio en Estados Unidos y Gran Bretaña, consistiría en aplicar las reglas propias de la relación de fiducia al conflicto de interés en el mercado de valores. Se trataría de establecer un sistema donde el intermediario respondiera civilmente de los daños provocados por una actuación desleal hacia su cliente. De esta manera, un intermediario, ante un conflicto de interés, debería informar al cliente afectado sobre su existencia y naturaleza y sólo podría operar cuando recibiera autorización expresa del mismo; en caso contrario, esto es, ante la falta de comunicación o de autorización, el intermediario debería abstenerse de actuar⁽²⁴⁾. La utiliza-

(23) Esta fue una de las conclusiones a las que llegó la SEC en un estudio especial sobre los conflictos de interés: “*Total elimination of all [conflicts of interest] is obviously quite out of the question; theoretically, it would involve complete segregation of functions —a remedy often invoked or suggested where conflicts are considered. But segregation as a specific remedy for all the multivariuous possibilites for conflicts in the complex securities business could not be a simple segregation in any traditional sense but would have to involve fragmentation of the business to a point where (...) each investor would have his own broker who would not be permitted to act for any other customer o for himself*”. En *Securities and Exchange Commission, Report of Special Study of Securities Markets (1963)*, p. 1, cit. en POSER, N., *International...*, op. cit., p. 188. En el mismo sentido *vid.*: MERANI, C., “*Il problemi...*”, op. cit., p. 350.

(24) En Estados Unidos el régimen general que se aplica a las relaciones entre las entidades y sus clientes es la ley de agencia. Existen dos reglas básicas que deben aplicarse a la entidad que opera en el mercado como agente: el agente debe actuar con buena fe y con lealtad respecto al principal y todo lo que conoce el agente debe también conocerlo el principal. Para respetar estos dos principios es básico que la empresa no se coloque en una situación en que sus deberes hacia un cliente puedan ponerse en conflicto con los propios o sus deberes hacia otro cliente. Y así se ha afirmado citando las Sagradas escrituras: “no man can serve two masters” y “lead us not into temptation”. Igualmente en Gran Bretaña las primeras normas que se ocuparon de estos conflictos se basaban en la ley de agencia. Al respecto *vid.*: POSER, N., *International...*, op. cit., pp. 194 y ss.; ENRIQUES, L., “*Lo Svolgimento...*”, op. cit., p. 653; CRANSTON, R., “*Banking...*”, op. cit., p. 53; *idem*, “*Insider...*”, op. cit., p. 209; y RIDER, B., “*Conflicts of Interest: An English Problem?*” en FERRARINI, G. (ed.), *European Securities Markets, The Investment Service Directive and Beyond*, Kluwer Law International, Londres, 1998, pp. 153-161.

ción de esta medida sólo pretende, sin embargo, proteger los intereses privados del inversor, pero no el buen funcionamiento del mercado. Con ello se reconoce, a nuestro entender, que la aplicación de las reglas fiduciarias tiene una eficacia limitada debido a que, por una parte, sólo se consigue proteger intereses privados y, por otra parte, a la dificultad práctica de valoración y prueba del daño producido en las infracciones así como a los elevados costes que supone acudir a los Tribunales para obtener una indemnización⁽²⁵⁾.

Una última solución posible, que consideramos la más apropiada, sería desarrollar un régimen administrativo especial para la resolución de estos conflictos cuyo objetivo fuera la protección del funcionamiento del mercado de valores. En efecto, si partimos del convencimiento de que los conflictos de interés en el mercado de valores son un mal endémico, de que eliminarlos es económicamente ineficiente y de que aceptarlos es excesivamente arriesgado para el buen funcionamiento del mercado, la última solución posible consistiría en la promulgación de unas normas especiales con un doble objetivo: reducir al máximo la aparición de estos conflictos y ordenar su resolución cuando aparezcán⁽²⁶⁾. Se trataría, en efecto, de la aprobación de una nueva legislación administrativa protectora del mercado que existiría conjuntamente con los deberes fiduciarios que exige la relación privada de agencia⁽²⁷⁾. Esta parece ser la solución prevista en Estados Unidos y que también ha incluido la DSI, así como los distintos Estados miembros europeos, debido a la obligada incorporación de estas normas, presentando, de esta manera, un modelo armonizado de ordenación de conflictos de interés.

Consecuentemente, la DSI intenta resolver los conflictos de interés a partir de las disposiciones contenidas en el capítulo dedicado a las *condiciones de*

(25) Para una explicación práctica de la dificultad de aplicar estas reglas *vid.* McCOMARCK, G., “Conflicts of Interest...”, *op. cit.*, pp. 2-13.

(26) En el mismo sentido *vid.*: ENRIQUES, L., “Lo Svolgimento...”, *op. cit.*, pp. 653-654; y POSER, N., *International...*, *op. cit.*, p. 184. Así lo ha expresado también la literatura norteamericana que se ha ocupado de esta materia al afirmar que “los conflictos de interés legales son aquellas situaciones en que se percibe una gran facilidad en que concurra un aprovechamiento, pero en que nos vemos forzados a confiar en que los individuos no lo harán porque el coste de prevenirlos o detectarlos es excesivamente costoso”, en ANDERSON, A., “Conflicts of Interest: Efficiency, Fairness, and Corporate Structure”, *UCLA L.Rev.*, 1978, pp. 747-748.

(27) En este sentido, GRAHAM, P., “The Statutory...”, *op. cit.*, p. 47. Sobre la relación que debe existir entre las normas administrativas y los principios de responsabilidad civil en el desarrollo de las normas de la relación de agencia *vid.* en especial: BEATSON, J., “The Relationship...”, *op. cit.*, pp. 55 y ss.

ejercicio de la actividad de inversión⁽²⁸⁾. Por una parte, el artículo 10, al desarrollar las *normas prudenciales*, establece que el Estado miembro de origen impondrá, entre otras, la obligación de que toda empresa de inversión “...se estructure y organice a fin de reducir al máximo el riesgo de que los posibles conflictos de interés que surjan entre las empresas y sus clientes, o entre los propios clientes, redunden en perjuicio de los intereses de éstos...”. Por otra parte, el artículo 11 introduce, también en relación con los conflictos de interés, una *norma de conducta* por la cual toda empresa de inversión deberá “...esforzarse por evitar conflictos de interés y, cuando éstos no puedan evitarse, velar por que sus clientes reciban un trato equitativo”.

La Directiva, a nuestro juicio, da la importancia necesaria a los conflictos de interés al regularlos por medio de dos normas cuyo objetivo y control podemos diferenciar claramente. En efecto, la DSI a través de las normas prudenciales desarrolla un conjunto de reglas administrativas, similares a las contenidas en las directivas bancarias, que pretenden imponer un sistema de organización interno a los intermediarios afectando tanto al órgano de administración como a otras estructuras inferiores⁽²⁹⁾. De esta manera, el cumplimiento de una adecuada estructura interna organizativa es condición necesaria para poder realizar las actividades de inversión, correspondiendo su control al Estado miembro que autoriza a las empresas de inversión. El artículo 11, por el contrario, desarrolla

(28) El objetivo principal de DSI ha sido, como ya hemos afirmado anteriormente, crear un pasaporte europeo para las empresas de inversión sobre la base de una autorización del Estado de origen estableciendo para ello una armonización suficiente tanto en las condiciones de autorización como en las reglas de ejercicio y de control prudencial. Estos estándares mínimos son presentados por la DSI en dos grupos o materias básicas: las condiciones mínimas de autorización (Título II), aplicables exclusivamente a las empresas de inversión (art. 2); y las condiciones de ejercicio de la actividad (Título IV) que obligan también a las entidades de crédito cuando realizan algún servicio de inversión (art. 2).

(29) Algunos autores destacan la importancia de este tipo de norma en cuanto es la primera vez que el derecho del mercado de valores incide en una materia hasta ahora reservada por el derecho de sociedades al órgano de administración. El efecto jurídico del incumplimiento de estas normas administrativas difiere en gran medida del efecto que supondría la infracción de un deber en el derecho de sociedades. En efecto, el derecho de sociedades impone al órgano de administración un deber de actuación honesta y leal hacia la Sociedad, accionistas y acreedores y su incumplimiento puede suponer la responsabilidad de los administradores por el daño ocasionado y su separación; ante el incumplimiento de alguna de estas normas administrativas el derecho del mercado de valores sanciona tanto a la entidad como a su consejo de administración al haber perjudicado a los inversores y al buen funcionamiento del mercado de valores. Sobre las normas prudenciales previstas en la DSI *vid.* SCHNEIDER, V.H., “Cross-border Compliance: Organisational Duties Imposed on National and International Investment Firms”, en FERRARINI, G. (ed.), *European Securities Market, The Investment Service Directive and Beyond*, Kluwer Law International, Londres, 1998, p. 73; y ANNUNZIATA, F., “Intermediazione...”, *op. cit.*, pp. 634-636.

unas normas de conducta que describen el marco en el que deben desarrollarse las relaciones entre los operadores y los clientes, y que, por ello, deben ser impuestas y controladas por el Estado en el que se realiza la actividad de inversión. Se trata de un conjunto de normas que establecen obligaciones precontractuales y contractuales entre una entidad y un cliente que reproducen, en forma de normas administrativas, los principios que rigen toda relación fiduciaria⁽³⁰⁾.

Considerando lo que antecede, podemos afirmar que la importancia de la Directiva en relación a los conflictos de interés, a nuestro entender, radica en dos materias, en primer lugar, en la transformación de principios fiduciarios en normas administrativas que no pueden ser eliminadas por las partes y cuyo incumplimiento genera una sanción administrativa; y, en segundo lugar, por introducir dos tipos de deberes para los intermediarios con una misma finalidad—ordenar los conflictos de interés— que nosotros distinguimos en *deberes estructurales* y *deberes transaccionales*.

En efecto, la Directiva, por una parte, obliga a los intermediarios del mercado de valores a desarrollar una estructura y organización interna adecuada con el fin de prevenir los conflictos de interés (arts. 10 y 11). Los *deberes estructurales*, por lo tanto, tienen una función preventiva. Por otra parte, la Directiva también exige unos *deberes transaccionales* que establecen el comportamiento que los intermediarios deben tener en el mercado (art. 11) y cuya finalidad es, por tanto, garantizar la resolución de los conflictos de interés a favor del cliente. De esta manera, en nuestra opinión, la protección del mercado y de los inversores no sólo se fundamenta en unas reglas de comportamiento sino también en la organización y estructura interna del sujeto que presta el servicio debido al convencimiento de que una buena y correcta organización permite un mayor respeto de las normas de comportamiento⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ Las normas de conducta no son otra cosa que la concreción de los principios de fiducia al campo del mercado de valores: lealtad, diligencia, información y evitar conflictos de interés. La transformación de estos principios privados en normas administrativas garantiza la imposibilidad de su exclusión por consenso de las partes y la sanción administrativa correspondiente en caso de infracción. Así, KÖNDGEN, J., “Rules...”, op. cit., pp. 116-117. La necesidad de establecer estas normas de conducta ya se manifestó en las Reuniones del Comité Técnico de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO) y se plasmó en la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1977 en esta materia. Sin embargo, a partir de la aprobación de la DSI pasan de ser meras recomendaciones a normas imperativas que deberán ser asumidas por todos los Estados miembros. Al respecto *vid.* TAPIA HERMIDA, A.J., “Las normas de actuación en los mercados de valores (Primeras reflexiones sobre el Real Decreto 629/1993)”, *RDBB*, 1993, pp. 329-331; y FERON, G. y WOUTERS, H., “La Directive...”, op. cit., pp. 248-249.

⁽³¹⁾ Así, también, ANNUNZIATA, F., “Intermediazione...”, op. cit., p. 636.

Cabe señalar, sin embargo, que ambos tipos de normas se caracterizan por el mínimo desarrollo de los principios que informan estos deberes estructurales y transaccionales, lo que significa que cada Estado miembro deberá concretar las medidas necesarias para cumplir con estas obligaciones así como prever un régimen sancionador adecuado. De esta manera, la DSI no impone una solución única para la ordenación de conflictos sino que los Estados miembros, teniendo en cuenta el tipo de conflicto que quieran resolver, podrán optar entre distintos medios posibles, tales como: la instauración de murallas chinas, la prohibición de actuación de los operadores cuando aparezca un conflicto, la necesidad de autorización previa y expresa del cliente para actuar cuando exista un conflicto, la creación de *watch list* (lista de valores en cuya negociación, al existir información privilegiada al respecto, existe un riesgo de conflicto) y la creación de *restricted list* (lista de valores cuya negociación está prohibida temporalmente)⁽³²⁾. Por lo tanto, debemos destacar que la DSI no exige como medida de ordenación de los conflictos de interés la técnica de las murallas chinas sino que cada Estado miembro podrá adoptar aquella medida que le parezca más eficaz o más adecuada⁽³³⁾.

3. Las murallas chinas: una medida estructural para prevenir conflictos de interés

Una de las técnicas de ordenación de conflictos de interés que los Estados miembros podrían incorporar son las llamadas “*chinese walls*” o “murallas chinas”, siguiendo así la práctica desarrollada en Gran Bretaña y Estados Unidos⁽³⁴⁾. Este término es una metáfora empleada para describir un conjunto de reglas internas y de procedimientos desarrollados por una entidad con el objeti-

(32) En el mismo sentido *vid.* JAMES, N. and HAMILTON, M., “Chinese Walls –More Cracks Appear”, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, September 1999, p. 340; SCHNEIDER, V.H., “Cross-border...”, *op. cit.*, p. 80; y CRANSTON, R., “Insider...”, *op. cit.*, p. 211.

(33) En este sentido *vid.* FERRARINI, G., “Towards...”, *op. cit.*, p. 1301; HOPT, K., “Inside Information...”, *op. cit.*, p. 237; y CRANSTON, R., “Banking...”, *op. cit.*, p. 54.

(34) Las murallas chinas han jugado un papel muy importante en Gran Bretaña y Estados Unidos, países en los que se planteó por primera vez el problema de los conflictos de interés provocados por la existencia de información privilegiada. El concepto y término de las “murallas chinas” apareció en los años sesenta en Estados Unidos cuando la *Securities and Exchange Commission (SEC)* y los Tribunales Federales estaban desarrollando la nueva regulación del *insider trading*. El primer problema que identificó la SEC para la aplicación de las reglas del *insider trading* fue el conflicto que aparecía en ciertos intermediarios debido a la necesidad de cumplir con dos deberes incompatibles: el deber de informar al cliente y el deber de no comunicar la información no pública [*In the Matter Cady, Roberts & Co.*, 40 SEC 907, (1961) y *Texas Gulf Sulphur* 401 F 2d. 833, 2nd Cir. 1968]. La utilización de las murallas chinas en torno a este tipo de conflicto surgió por primera vez en *Merril Lynch, Pierce, Fenner &*

vo de evitar que ciertos tipos de información en posesión de una parte de la empresa (o un grupo afiliado a la entidad) sea comunicado a otras partes de la misma empresa o grupo⁽³⁵⁾. De esta manera, podemos considerar las murallas chinas como normas secundarias y accidentales que inciden en la organización interna de ciertas entidades y que disciplinan la circulación de información no pública entre departamentos⁽³⁶⁾.

Con esta medida se intenta, a nuestro juicio, un triple objetivo: de un lado, evitar la posibilidad de que el intermediario adopte comportamientos que dañen al cliente; de otro lado, permitir al intermediario que realice operaciones que en otras circunstancias debería abstenerse de realizar por la presencia de un conflicto y de la obligación de informar⁽³⁷⁾; y, finalmente, reducir la utilización ilegal de información material no pública⁽³⁸⁾. El fundamento de exigir la utiliza-

Smith Inc. [43 SEC 933 (1968)] donde la SEC recomendó el uso de las murallas chinas para evitar el flujo de información entre departamentos con el fin, no de resolver el conflicto, sino simplemente de evitar o reducir los casos en los que podía utilizarse la información privilegiada. Al respecto *vid.* POSER, N., *International...*, op. cit., pp. 197 y ss.; HAZEN, T.L., *Treatise...*, op. cit., pp. 523 y ss.; y ANNUNZIATA, F., “Intermediazione...”, op. cit., p. 640. Un estudio completo sobre los antecedentes anglosajones de las murallas chinas puede encontrarse en: FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ ACEBO, A., *Las normas...*, op. cit., pp. 418 y ss.

(35) POSER, N., *International...*, op. cit., p. 189. También se han definido las murallas chinas como: “barreras que deben incluirse entre varias actividades con el fin de impedir el flujo de información y garantizar al mismo tiempo un suficiente grado de confidencialidad”, en ANNUNZIATA, F., “Intermediazione...”, op. cit., p. 640.

(36) Así, ANNUNZIATA, F., “Intermediazione...”, op. cit., pp. 639-340; GRAHAM, P., “The Statutory...”, op. cit., pp. 41-49; y ENRIQUES, L., “Lo Svolgimento...”, op. cit., p. 673-674. También considera que las murallas chinas no constituyen un objetivo por sí mismas sino que se presentan como un medio para alcanzar la consecución y observancia de los principios generales del mercado de valores: FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ ACEBO, A., *Las normas...*, op. cit., p. 406.

(37) Uno de los efectos que necesariamente deberían tener las murallas chinas sería evitar que la información que conoce un empleado de una entidad sea imputada a toda la entidad y a sus distintos departamentos. De esta manera, una entidad, a pesar de que uno de sus empleados tenga información material no pública sobre algunos valores, podrá operar con esos valores y no tendrá la obligación de comunicar al cliente esa información. *Vid.* ENRIQUES, L., “Lo Svolgimento...”, op. cit., pp. 673-674. En el mismo sentido: HOPT, K., “Inside Information...”, op. cit., p. 242.

(38) En efecto, con las murallas chinas se solventarían graves problemas que presentaría, por ejemplo, la aparición de un conflicto de interés cuando un departamento de compras de un intermediario recomienda adquirir acciones de una sociedad y, a la vez, la misma entidad intermediaria, pero a través del departamento de finanzas, conoce que la sociedad cuyas acciones se recomiendan está en una situación económica grave. La existencia de una muralla china entre ambos departamentos de la misma entidad intermediaria implica la posibilidad de esta recomendación sin tener que informar al cliente de la existencia de ese hecho económico respecto a la sociedad y sin que exista una posible infracción por uso de información privilegiada.

ción de estas medidas está en la necesidad de protección del mercado de valores, especialmente a través de garantizar el principio de igualdad de información de los inversores y su confianza en el mercado. Con todo, a pesar de ser una técnica ampliamente utilizada en los países anglosajones, debemos tener en cuenta su limitado ámbito de aplicación y su cuestionada eficacia⁽³⁹⁾.

La propia definición de las murallas chinas, a nuestro entender, nos permite comprender el carácter limitado de esta medida. Por una parte, se trata de una técnica de prevención de conflictos destinada exclusivamente a las entidades multiservicios y a los grupos de entidades pues sólo en éstos existe la posibilidad de que tengan lugar flujos de información entre distintos departamentos o miembros del grupo. Por otra parte, en relación con el ámbito objetivo, sólo se ocupa de evitar o reducir aquellos conflictos de interés cuya causa reside en la existencia previa de información material no pública. De esta manera, cuando el legislador opte por esta medida sólo está intentando prevenir aquellos conflictos de interés que surgen en las entidades o grupos de entidades multiservicios debido a la existencia de información material no pública. A pesar del carácter evidentemente limitado de esta figura, no podemos valorarla aisladamente, sino que debemos incluirla dentro del conjunto de disposiciones que la mayoría de Estados prevén en la regulación del mercado de valores con la finalidad de reducir al máximo el uso de información privilegiada. En efecto, como hemos afirmado anteriormente, con la implantación de las murallas chinas, además de reducir el número de conflictos de interés, también se pretende proteger el derecho a la igualdad de información en el mercado. Así pues, la importancia de esta medida debe valorarse conjuntamente con otras disposiciones de carácter también preventivo como aquellas que obligan a informar sobre las transacciones de participaciones significativas, aquellas que imponen un deber de salvaguardar información reservada y aquellas que obligan a comunicar hechos relevantes.

En cuanto a la eficacia de esta medida, la doctrina, de forma generalizada, afirma que a pesar de su sólido nombre, no son particularmente difíciles de traspasar, y por ello manifiestan su desconfianza ante estas barreras⁽⁴⁰⁾. Ello se

(39) Así lo expresaba el Gobierno de Gran Bretaña cuando señalaba que no estaba convencido de todas las virtudes atribuidas a las murallas chinas ya que a través de ellas básicamente se limitaba el traspaso de la información no pública pero no se evitaban los conflictos de interés. *Vid. 1985 White Paper Financial Service in the United Kingdom*, cit., en GRAHAM, P., "The Statutory...", op. cit., p. 50.

(40) Al respecto *vid.* en especial: ANNUNZIATA, F., "Intermediazione...", op. cit., p. 641; POSER, N., *International...*, op. cit., pp. 227 y ss.; y NOTA, "Conflicting Duties of Brokerage Firms", *H.L.Rev.*, 1974, p. 412. También afirma la poca efectividad de las murallas chinas el *Report on Fiduciary Duties and Regulatory Rules* de 1992 al manifestar: "We conclude that there is a doubt as the effectiveness of Chinese Walls as a means of managing conflicts of interest and conflicts of duty, and that it is necessary to consider whether they are so essential to the operation of the financial service industry that this doubt should be resolved by legislation", cit., en JAMES, N. and HAMILTON, M., "Chinese...", op. cit., p. 343.

debe básicamente a que su eficacia no sólo depende del control del cumplimiento de esta obligación por parte de la autoridad competente, sino que se hace necesario desarrollar un procedimiento interno de control y sanción directo sobre los empleados por parte de cada entidad. Además, las dudas sobre la eficacia de esta medida se fundamentan también en el reconocimiento de la propia naturaleza de los seres humanos, en la medida que se aduce que la obligación de no pasar información de un departamento a otro no sólo requiere controles de terceros sino también un ejercicio de autodisciplina y de ética difícil de cumplir si se tiene en cuenta el gran deseo humano de aumentar beneficios y de la necesidad de que este deber no termine en la jornada laboral sino que se extienda al resto del día⁽⁴¹⁾.

Por todo ello, aquellos Estados que opten por las murallas chinas como técnica de resolución de conflictos de interés deberían ser conscientes, a nuestro entender, de esta doble limitación y, por lo tanto, completar esta técnica con otras medidas que contribuyan a garantizar tomas de decisiones autónomas.

III. LA REGULACIÓN DE LAS “MURALLAS CHINAS” EN EL DERECHO ESPAÑOL DEL MERCADO DE VALORES

1. La ordenación de los conflictos de interés en la Ley del Mercado de Valores

El proceso de desregulación en el mercado de valores español presenta, como no podía ser de otro modo, las mismas características que hemos señalado, de forma general, para todos los Estados miembros de la Unión Europea. La desregulación se inició en España con la aprobación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y ha culminado con la reforma de este texto legislativo por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, modificada por la Ley 59/1998, de 30 de diciembre. Entre todas las novedades introducidas por esta *neoregulación* nos interesa destacar cuál ha sido la posición del derecho espa-

(41) Al respecto: POSER, N., *International...*, op. cit., p. 231. El profesor SÁNCHEZ ANDRÉS señala también la dificultad de controlar aquellas conductas que más que jurídicas son morales al afirmar que estas obligaciones deben incluirse en los Códigos de Conducta ya que se refieren no tanto a normas jurídicas sino que se entra en el terreno de las intenciones, donde es importante ponderar la motivación, el estilo y la oportunidad de determinados comportamientos subjetivos y afirma que quizás debemos entender que existe “la disposición implícita de nuestra ley a propiciar una efectiva moralización del sector asumible por los interesados”, en “A modo de prontuario...”, op. cit., pp. 266-267. También señala la fragilidad de las murallas chinas en el mercado de valores: FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ ACEBO, A., *Las normas...*, op. cit., p. 434.

ñol del mercado de valores ante los conflictos de interés, diferenciando, para su análisis, su tratamiento en la primera versión de la LMV y cómo, tras la incorporación de la DSI, se ordena ahora los conflictos de interés.

El legislador de 1988, ciertamente, no fue ajeno a la problemática de los conflictos de interés cuya causa, en ese momento, radicaba principalmente en la capacidad dual de actuación de algunos miembros del mercado, esto es, la posibilidad de que las Sociedades de Valores actuaran por cuenta ajena y por cuenta propia, y en la existencia de entidades multiservicios⁽⁴²⁾. La LMV, en la versión de 1988, incluyó un conjunto de normas dirigidas a evitar, reducir o solucionar estos conflictos que podemos clasificar, siguiendo la distinción ya expuesta, en normas estructurales y normas transaccionales⁽⁴³⁾.

Las *normas estructurales* se caracterizan, como ya hemos señalado anteriormente, por incidir en la organización interna de distintas entidades que participan en el mercado con el objetivo de evitar o reducir la aparición de los conflictos de interés. El legislador español, por una parte, desarrolló ciertas reglas que prohibían la creación de grupos personales o reales en los que intervinieran Sociedades y Agencias de Valores (arts. 68, 69 y 72 LMV 1988) y, por otra parte, con el ánimo de evitar los conflictos de interés en las sociedades de multiservicios, exigía la instauración de murallas chinas en este tipo de entidades (art. 83 LMV 1988).

La LMV de 1988 también contenía *normas transaccionales*, aquéllas que establecen el modo de actuar ante un conflicto de interés, con el fin de resolver los conflictos de interés cuando estos aparecían. El legislador no adoptó una solución única para todos los conflictos de interés sino que estableció distintas medidas. Así, podemos diferenciar aquellas reglas que obligaban al intermediario a comunicar al cliente la existencia de un conflicto y sólo se le permitía operar si existía una autorización previa del mismo; en caso contrario, el intermediario debía abstenerse de actuar (art. 40.I LMV 1988); en segundo lugar,

(42) En el mismo sentido: SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Conflicts of interest: The Spanish Experience”, en FERRARINI, G. (ed.), *European Markets, The Investment Service Directive and Beyond*, Kluwer Law International, Londres, 1998, p. 168.

(43) Un estudio sobre el tratamiento de los conflictos de interés en la Ley del Mercado de Valores de 1988 puede hallarse en SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Conflicts...”, op. cit., pp. 165 y ss., donde expresa que la causa fundamental de estos conflictos se encontraba en la capacidad dual de actuación de algunos miembros del mercado y que las principales formas de resolución por parte de la LMV de 1988 estaba, por una parte, en un conjunto de barreras donde se prohibía la interrelación de las sociedades y agencias de valores por medio de los órganos de administración y de participaciones accionariales en otras entidades participantes en este mercado y en el establecimiento de murallas chinas; y, por otra parte, en el establecimiento de las reglas de agencia por medio de normas administrativas tales como el principio de prioridad, la prohibición de manipulación de los precios, y la prohibición del *insider dealing*.

también se incluían normas que prohibían la contratación cuando existía un conflicto de interés [art. 71.j) LMV 1988]; y, finalmente, en los casos en que podía operarse, se exigía respeto al interés de los clientes y un trato equitativo entre ellos (arts. 79 y 80 LMV 1988).

La reforma de la LMV por la Ley 37/1998, como informa su propia Exposición de Motivos, ha pretendido, entre otros objetivos, introducir la DSI, lo que, consecuentemente, debería haber significado un tratamiento unitario, sistemático y completo de los conflictos de interés al desarrollar los principios establecidos en los artículos 10 y 11 de la DSI⁽⁴⁴⁾. La Ley 37/1998 establece un nuevo marco legislativo para la prevención y resolución de los conflictos de interés aunque no con la claridad y sistematización que era de esperar y que, de nuevo para su estudio, conviene agrupar en normas estructurales y transaccionales⁽⁴⁵⁾.

Como primera novedad importante respecto a las *normas estructurales* cabe señalar la eliminación de la incompatibilidad de consejeros y accionistas entre intermediarios del mercado, lo que conllevará la creación de grupos personales y reales. Esta nueva realidad, sin embargo, exige la introducción de reglas que se ocupen de la prevención de los conflictos de interés⁽⁴⁶⁾. De esta manera, de acuerdo con lo previsto en el artículo 70.4 LMV, los grupos consolidables de

(44) La doctrina española es consciente de que la incorporación de la DSI debería haber significado un desarrollo y una mejora de las reglas de normas de conducta con el fin de ordenar de forma más eficiente los conflictos de interés. En este sentido *vid.* en especial: SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Conflicts...”, *op. cit.*, p. 166. En efecto, los mayores cambios que debería haber provocado la introducción de la DSI tendrían que haber sido aquellos relacionados con las condiciones de autorización y de ejercicio de las actividades de servicios de inversión, debido a la falta de concordancia que existía entre la LMV 1988 y la DSI, tanto en relación a las normas generales que regulan los intermediarios del mercado de valores como a la necesidad de eliminar los límites de actuación de las entidades de crédito y de las empresas de servicios de inversión. Este cambio se ha producido en el nuevo título V, sin embargo, también podemos afirmar que la transposición no es totalmente correcta ya que si bien se han armonizado los principios señalados por la DSI, algunas materias, concretamente las relativas a las normas prudenciales y a las normas de conducta, presentan poca sistemática y han sido poco respetuosas con la DSI dando lugar a una legislación distinta a la prevista en la DSI. Algún autor español considera correcta la transposición aunque afirma que para su correcta aplicación aún es necesario un elevado desarrollo reglamentario. Así, TAPIA HERMIDA, A.J., “Disposiciones generales y condiciones de acceso a la actividad de las ESI”, en AA.VV., *La reforma de la Ley del Mercado de Valores*, CDBB, Madrid, 1996, p. 75.

(45) La Ley 37/1998, en relación a los conflictos de interés, por una parte, ha derogado el contenido de los artículos 68, 69, 71.j) y 72; por otra parte, ha dado nueva redacción a los artículos 79 y 83; y, finalmente, ha conservado los arts. 80 y 40.

(46) En este sentido también: MARTÍNEZ-PARDO DEL VALLE, R. y MORENO ESPEJO, A., “La reforma de la Ley...”, *op. cit.*, p. 30.

empresas de inversión deberán adoptar las medidas necesarias para resolver adecuadamente los posibles conflictos de interés entre los clientes de distintas entidades del grupo. Esta disposición se limita a exigir la obligación de resolver los conflictos de interés, si bien, debemos esperar al desarrollo reglamentario para poder saber qué tipo de medidas el legislador considera oportunas, esto es, si se refiere a medidas estructurales, transaccionales o a ambas. Otra novedad importante es la posibilidad de que, de acuerdo con el artículo 63.3 LMV, las empresas de servicios de inversión se ocupen de otras actividades distintas a las de servicios de inversión. La condición que se exige para la ampliación de su objeto es la introducción de medidas adecuadas para resolver los conflictos de interés. De nuevo, sin embargo, no se indica en qué deben consistir esas medidas. Así las cosas, la única norma estructural que mantiene la nueva versión de la LMV, aunque su redacción haya sido modificada, es aquella que obliga a las entidades multiservicios a implantar murallas chinas para evitar flujos de información no pública entre sus distintos departamentos (art. 83 LMV).

El legislador mantiene las mismas *normas transaccionales* que en la LMV 1988. Por una parte, condiciona la contratación, en determinadas ocasiones, a la autorización previa y expresa del cliente (arts. 40 y 70.3 LMV); por otra parte, se prevén un conjunto de limitaciones operativas que prohíben a los intermediarios realizar determinadas operaciones (art. 70.3 LMV)⁽⁴⁷⁾; y, finalmente, se establece el principio general de que en toda operación debe primar el interés del cliente y del mercado de valores y el trato equitativo entre los clientes (arts. 79 y 80 LMV).

A la luz de las distintas disposiciones que actualmente, a nuestro entender, se ocupan de los conflictos de interés podemos realizar ciertas consideraciones. El legislador, al igual que en la primera versión de la LMV, contempla diversas formas de evitar o resolver los conflictos de interés producidos básicamente y principalmente por el riesgo de operar con información material no pública: normas estructurales y normas transaccionales. Respecto a las normas estructurales debemos destacar la aceptación de la creación de grupos y la ampliación del objeto de las empresas de servicios de inversión, comportando necesariamente un incremento en los conflictos de interés. El legislador, consciente de ello, establece como principio general la necesidad de evitar o resolver estos conflictos, sin embargo, sólo a través del desarrollo reglamentario se determinará cuáles deben ser estas medidas. A nuestro entender, el legislador, en el momento de desarrollar estas medidas, puede verse limitado por el contenido del artículo 83

⁽⁴⁷⁾ Se trata de una serie de limitaciones operativas que no son novedad, sino que su contenido ya se hallaba en la primera versión de la LMV. La única diferencia es que ahora se agrupan en una sola disposición cuando antes se encontraban repartidas en distintas disposiciones. Así: HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., "Condiciones de ejercicio de las empresas de inversión", en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *La reforma del mercado de valores*, CDBB, 1996, p. 134.

LMV donde, con carácter general, establece la necesidad de establecer murallas chinas a las entidades y grupos multiservicios como medida preventiva a ciertos conflictos de interés. En consecuencia, cuando se desarrollen reglamentariamente los artículos 70.4 y 63.3 LMV debería intentarse no reiterar la obligación de instaurar barreras informativas y optar por otras formas de ordenar los conflictos de interés tales como la prohibición de actuar cuando exista información no pública, condicionar la actuación a la autorización del cliente, o señalar los valores con los que no se puede negociar.

Finalmente, es preciso destacar que la técnica legislativa utilizada en la LMV en la ordenación de los conflictos de interés debe calificarse de precaria por diversas razones. En primer lugar, el legislador español, teniendo la oportunidad de sistematizar unas normas en reglas prudenciales y reglas de conducta, no lo hace. Y, en segundo lugar, consideramos negativo también el trato diferenciado de las normas que abordan el tema de los conflictos de interés pues mientras que ciertas disposiciones obligan a evitar conflictos de interés y establecen los principios que deben informar y las medidas que deben tomarse; otras simplemente prevén la necesidad de evitarlos o resolverlos. No creemos que el carácter de Ley marco atribuido a la LMV sea excusa suficiente para favorecer un tratamiento excesivamente lacónico de los conflictos de interés, tanto que incluso impide conocer qué medidas deben tomarse, dejando así al intérprete en una realidad práctica inmersa en la inseguridad.

2. Las murallas chinas en el derecho español del mercado de valores

A) Consideraciones generales

El artículo 83 de la LMV, en su nueva redacción, es la única disposición de la LMV que clara y expresamente recoge una norma estructural para prevenir la aparición de conflictos de interés⁽⁴⁸⁾:

“Todas las empresas de servicios de inversión, entidades de crédito y demás entidades que actúen, o presten servicios de asesoramiento sobre inversiones, en los mercados de valores deberán establecer las medidas necesarias para garantizar que la información reservada o privilegiada derivada de la actividad de cada una de sus divisiones o secciones no se encuentre, directa o indirectamente, al alcance del personal de la pro-

⁽⁴⁸⁾ Es cierto que existen otras disposiciones de la LMV que exigen, tanto a las entidades multiservicios (art. 63.3) como a los grupos de entidades (art. 70.4), el desarrollo de medidas adecuadas para prevenir o resolver conflictos de interés que puedan aparecer entre estos y sus clientes o entre sus clientes, sin embargo, ninguna de estas disposiciones, como ya hemos señalado, recoge exactamente cuál debe ser el medio empleado para evitarlos.

pia entidad que preste sus servicios en otro sector de actividad, de manera que cada función se ejerza de forma autónoma. Además, deberán adoptar las medidas pertinentes para que en la toma de decisiones no surjan conflictos de interés, tanto en el seno de la propia entidad, como entre las entidades pertenecientes a un mismo grupo”⁽⁴⁹⁾.

Esta disposición, a nuestro entender, establece una doble obligación: en su primera parte, exige a ciertas entidades introducir barreras de información entre sus distintos departamentos con el fin de evitar la transmisión de información no pública entre ellos, y, en su segunda parte, impone a estas mismas entidades la adopción de otras “medidas pertinentes para que en la toma de decisiones no surjan conflictos de interés”. Parece que el legislador español quiere completar la dudosa efectividad de las murallas chinas con otras medidas cuyo objetivo no sea evitar el flujo de información entre departamentos, sino garantizar una toma de decisión autónoma entre y dentro de los departamentos, tales como podrían ser la utilización de *watch list*, *restricted list*, o la prohibición de contratación en general⁽⁵⁰⁾. Así pues, nuestro estudio se limita a la primera parte de esta disposición donde, a nuestro entender, se establece el deber de instaurar murallas chinas.

(49) El artículo 83 en su anterior redacción establecía: “Toda entidad que actúe o pretenda actuar en los mercados de valores o preste servicios de asesoramiento sobre inversión en los mismos deberá asegurarse de que la información derivada de estas actividades no esté al alcance, directa o indirectamente, del personal de la propia entidad que trabaje en otro sector de actividad, de manera que cada función se ejerza de forma autónoma y sin posibilidad de que surjan conflictos de interés entre las mismas.”

(50) Esta doble obligación se observa también en el artículo 3.4 del Código General de Conducta de los mercados de valores contenido en el Anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que desarrolla el artículo 83 LMV. Concretamente esta disposición establece que “las entidades (...) deberán asegurarse de que la información derivada de las respectivas actividades en los distintos sectores no se encuentra, directa o indirectamente, al alcance del resto, de manera que cada función se ejerza de manera autónoma. En todo caso, *además de las barreras citadas anteriormente*, deben establecerse *las medidas necesarias* para que en la toma de decisiones no surjan conflictos de interés tanto en el seno de la propia entidad como entre las distintas entidades pertenecientes a un mismo grupo”. También la Carta Circular 10/1997 diferencia estas dos obligaciones cuando establece que “todas las entidades que actúan o prestan asesoramiento sobre inversión en los mercados de valores están obligadas a establecer barreras de información (...). Las barreras deben separar las distintas áreas de actividad dentro de la entidad o del grupo, de forma que las funciones de cada una de ellas se ejerzan de manera autónoma y se eviten conflictos de interés. *Igualmente deben garantizar* que en cada área las decisiones de inversión se tomen por directivos encuadrados dentro de la muralla y no contaminados por Información Privilegiada ni Reservada generada fuera de ella”. Sobre la necesidad general de completar las murallas chinas debido a su dudosa eficacia *vid.*: CRANSTON, R., “Insider...”, *op. cit.*, p. 216 y JAMES, N. and HAMILTON, M., “Chinese...”, *op. cit.*, p. 340. No parece reconocer este doble contenido en esta norma FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ ACEBO, A., en *Las normas...*, *op. cit.*, p. 408, ya que considera que todo el artículo 83 se refiere exclusivamente a la obligación de instaurar murallas chinas.

El artículo 83 LMV se incardina en el Título VII de la LMV, bajo la rúbrica de “normas de conducta” y, al igual que el resto de disposiciones que integran este título, se caracteriza por limitarse a señalar los principios que deben regir las relaciones con la clientela⁽⁵¹⁾. Es necesario, por tanto, el desarrollo reglamentario del mismo para su posible y correcta aplicación. Ello tuvo lugar mediante la aprobación del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados y registros obligatorios, aún en vigor, cuya función, entre otras, ha sido desarrollar las normas de conducta.

El Decreto, por una parte, establece que toda persona que actúe en el mercado de valores deberá cumplir con el Código General de Conducta, incluido como Anexo a este Decreto, que desarrolla el contenido de las normas de conducta del Título VII (art. 2)⁽⁵²⁾. Sin embargo, ni el Decreto ni el Código General de Conducta han concretado los principios que se recogen en la primera parte del artículo 83 LMV, sino que se limitan a reproducir lo que establece el texto legislativo, esto es, la obligación de evitar el traspaso de información entre distintos departamentos. La concreción del contenido de esta obligación ha tenido lugar a través de la publicación de la Carta-Circular 10/1997, de 21 de julio, en la que se determina “los criterios para el establecimiento de barreras de información en las entidades que actúan en los mercados de valores”, y por la Carta-Circular 10/1998, de 24 de noviembre, en la que se establecen “las normas de conducta aplicables a la actividad de análisis y asesoramiento” lo que permitirá, en parte, superar las dificultades interpretativas y de aplicación que

(51) Así lo afirman también algunos autores que se han ocupado del estudio de este título al señalar las características técnico-jurídicas del conjunto de las normas de conducta. Concretamente manifiestan que en los ordenamientos más desarrollados este tipo de normas se definen por su carácter minimalista, lo que permite una expansión importante; por el uso, casi abusivo, de conceptos jurídicos y económicamente indeterminados, dando así un amplio margen de interpretación tanto a la CNMV como a los órganos jurisdiccionales; y por la necesidad de que sean objeto de una interpretación espiritualista o teleológica. Todas estas características, como afirman estos autores, responden a la razón de ser de estas normas: la necesidad de una aplicación jurídica flexible ante situaciones complejas, variadas y de constante evolución práctica. En este sentido *vid.*: SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “En torno al concepto, evolución y fuentes del derecho bursátil en el sistema jurídico español”, *RDM*, 1980, p. 64; y TAPIA HERMIDA, A.J., “Las normas...”, *op. cit.*, p. 323.

(52) Al respecto *vid.* SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “En torno al concepto...”, *op. cit.*, pp. 63-66, donde ya destacaba la importancia de los Códigos de Conducta bursátiles, antes de su incorporación en la legislación española, debido a una de sus características básicas: se trata de una técnica que permite alcanzar una regulación jurídica más flexible, especialmente adecuada para ciertas materias que por la complejidad de los intereses en presencia o la delicada puesta en práctica son difíciles de una ordenación estrictamente reglada. Por otra parte, también subrayaba la necesidad de que estos Códigos de Conducta no fueran meras recomendaciones sino que se configuraran como normas imperativas.

provocan la falta de determinación del texto legal y reglamentario⁽⁵³⁾. También debe destacarse el desarrollo reglamentario de este Real Decreto por la Orden de 7 de octubre de 1999 en el que se establece el código general de conducta y normas de actuación para las empresas de servicios de inversión y entidades de crédito que lleven a cabo actividades de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión.

Por otra parte, el Decreto establece que todas las entidades que participan en el mercado de valores deberán elaborar unos Reglamentos Internos de Conducta, que obligarán a todas las personas que integran dicha entidad, donde se recogerán las normas de conducta (art. 3)⁽⁵⁴⁾. Es, por tanto, en estos Reglamen-

(53) Las Cartas-circulares han pasado a ser una técnica habitual de comunicación por parte de la CNMV desde que apareció la primera en noviembre de 1996. Se caracterizan formalmente por ser mensajes firmados por el Presidente de la CNMV dirigidos a determinados sujetos que intervienen en el mercado de valores. La diferencia entre las hasta ahora publicadas está, como ha afirmado un autor administrativo, en su contenido que permite agruparlas en cuatro grupos: formulación de requerimientos, transmisión de acuerdos inter-institucionales, interpretación de disposiciones y recordatorios de pautas de comportamiento. *Vid.* DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., “La Comisión Nacional del Mercado de Valores. Análisis especial de las cartas-circulares de su Presidente”, *RDBB*, 1997, p. 772. Estamos ante una práctica nueva en el derecho español cuya naturaleza jurídica y así sus efectos jurídicos no se presentan nada claros. No hay duda de que, a nuestro entender, a pesar de ser publicadas en la página *web* de la CNMV bajo la rúbrica “Legislación del Mercado de Valores”, no se trata de normas legales sino simplemente de notas informativas que, a nuestro juicio, no pretenden nada más que delimitar la discrecionalidad de la CNMV al publicar de qué manera esta autoridad interpreta esas normas. En este sentido, entendemos que esta técnica debe considerarse positiva, ya que permite una actividad reguladora informal de gran agilidad e inmediatez, que da seguridad jurídica al permitir conocer los criterios interpretativos de la CNMV y que sólo vincula a ésta indirectamente, ya que sus decisiones siempre pueden ser objeto de recurso ante el tribunal competente. Algún autor, sin embargo, valora negativamente estas Cartas al afirmar que con ello la CNMV intenta exigir una interpretación única. En este sentido *vid.* DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., “La Comisión...”, *op. cit.*, p. 770. Actualmente debe recordarse que han sido retiradas por la nueva presidencia de la CNMV.

A las Cartas-circulares pueden unirse otras medidas tomadas por la CNMV a través de las cuales informa y clarifica la interpretación de normas conflictivas por medio de su publicación en la página *web* de la CNMV (www.cnmv.es): las Cartas a los Directores, donde los Directores de los distintos servicios de la CNMV informan sobre materias del mercado de valores; y las notas o Resoluciones, que consisten en notas informativas de la CNMV sobre consultas planteadas a este organismo. Estos tres instrumentos parecen ser la evolución necesaria de la actuación informal que la CNMV llevaba a cabo por medio de las consultas privadas y telefónicas. Estas medidas permiten dar publicidad a la actuación de la CNMV, respetando la confidencialidad necesaria, hecho que sin duda debe considerarse positivo ya que da transparencia a la actuación de un órgano que hasta ahora se caracterizaba por su opacidad.

(54) Los Reglamentos Internos de Conducta previstos en el Decreto contienen los Códigos Generales de Conducta que establecen, con carácter general, los principios éticos que deben ordenar la actuación de los intermediarios. Se trata, como ha definido un autor español, de “un documento de obligado cumplimiento para los administradores, empleados y representantes del sujeto obligado en el cual se formulan tanto los principios generales como las normas específicas por las que se regulará la actuación de las normas en relación con las actividades y

tos donde deben incluirse y desarrollarse las murallas chinas, estableciendo qué barreras deben imponerse y el procedimiento de su control y el régimen sancionador interno. Los Reglamentos Internos de Conducta, de esta manera, tendrán dos funciones básicas: una preventiva, al incluir un conjunto de obligaciones necesarias para el desarrollo de ciertas actividades; y, una de supervisión y control, al obligar a la entidad a actuar como institución de supervisión de ámbito interno ⁽⁵⁵⁾.

El legislador español, visto lo que antecede, podemos afirmar que con la introducción del artículo 83 LMV pretende dos objetivos básicos: en primer lugar, introducir una norma de ordenación de los conflictos de interés provocados por la existencia de información no pública y, en segundo lugar, pretende también reducir al máximo el número de abusos de información privilegiada. El cumplimiento de este objetivo se refuerza con la existencia de un conjunto de normas que, también con el objetivo de proteger la igualdad de información en el mercado, previenen del uso de información privilegiada; así, podemos destacar entre ellas el deber de comunicar las operaciones con participaciones significativas (art. 53 LMV), el deber de salvaguardar informaciones relativas al mercado a aquellas personas que la obtienen por razón de su trabajo, profesión o cargo (art. 81.1), y el deber de los emisores de informar sobre hechos relevantes (art. 82 LMV). Todas estas disposiciones, juntamente con el artículo 83 LMV, tienen como finalidad o bien convertir en pública información relevante o bien impedir su transmisión para de esta forma reducir el número de conflictos de interés y/o el número de abusos de información privilegiada.

operaciones relacionadas con los mercados de valores que estos realizan, así como los procedimientos para su eficaz aplicación, los medios de control relativos a su cumplimiento y los mecanismos de sanción de las posibles infracciones del mismo”. Así, FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., “Los reglamentos internos de conducta de las entidades y profesionales del mercado de valores: líneas generales de una nueva institución”, *RGD*, 1995, p. 6964. El contenido mínimo de los Reglamentos Internos de Conducta vendrá determinado por los principios que se incluyen en las normas de conducta. La CNMV controlará el contenido de los Reglamentos Internos de Conducta antes de que las distintas entidades puedan aplicarlo para efectuar objeciones o recomendaciones que deberán ser aceptadas. En este sentido: TAPIA HERMIDA, A.J., “Las normas...”, op. cit., pp. 330-339.

A partir de la aprobación de la nueva redacción de la LMV, a nuestro entender, la obligación reglamentaria de aprobar un Reglamento Interno de Conducta por parte de las entidades que participan en el mercado de valores se ha transformado en una obligación legal para las empresas de servicios de inversión que quieran ser autorizadas en España, ya que el artículo 67.2j) LMV establece que “serán requisitos para que una entidad obtenga su autorización como empresa de servicios de inversión los siguientes: (...) que cuente con la existencia de un reglamento interno de conducta, ajustado a las previsiones de esta Ley...”.

⁽⁵⁵⁾ En este sentido *vid.* FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., “Los reglamentos...”, op. cit., p. 6968.

B) El establecimiento de barreras informativas

(Análisis del artículo 83 LMV)

a) *Sujetos obligados*

La nueva redacción del artículo 83 LMV, en su primer apartado, superando la falta de determinación de su antigua redacción, nos permite establecer con bastante claridad cuáles son los sujetos afectados por la obligación que en él se contiene al establecer que deberán desarrollar barreras de información “todas las empresas de servicios de inversión, entidades de crédito y demás entidades que actúen o presten servicios de asesoramiento sobre inversiones, en los mercados de valores”⁽⁵⁶⁾. El legislador, a nuestro entender, ha actuado correctamente al incluir en el ámbito subjetivo de esta disposición a cualquier tipo de entidad que pueda actuar en el mercado o ejercer funciones de asesoramiento, ya que distinguir el estatuto jurídico de personas que realizan una misma actividad hubiera significado una discriminación injustificada⁽⁵⁷⁾. De esta manera, con relación a la forma como deben desarrollarse las distintas actividades en el mercado de valores se procede, como así prevé el artículo 65.4 LMV, a una homologación del régimen de los intermediarios.

Las entidades obligadas por esta disposición pueden clasificarse en tres grupos, como así se desprende del artículo 83 LMV: a) *las empresas de servicios de inversión*, definidas en el artículo 62 LMV como aquellas “entidades financieras cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros” y que se concretan, de acuerdo con el artículo 64, en las sociedades de valores, las agencias de valores y las sociedades gestoras de carteras; b) *las entidades de crédito*, que, conforme al artículo 65.1 LMV, pueden realizar habitualmente servicios de inversión y actividades complementarias; y c) *otras entidades* cuya creación, según lo establecido en el artículo 65.2 LMV, vendrá regulada por el Gobierno y que podrán realizar

(56) La nueva redacción del artículo 83 LMV precisa el ámbito subjetivo respecto a la falta de concreción en su anterior redacción, donde se establecía: “todas las personas o entidades...”. En el mismo sentido *vid.* KIRCHNER, P., y SALINAS, C., *La Reforma de la Ley del Mercado de Valores*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 325; y DE LUIS Y LORENZO, J.F., “Las entidades financieras españolas y las murallas chinas”, en ALONSO UREBA, A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, B. (Dir.), *Instituciones del Mercado Financiero*, Madrid, 1999, p. 4005.

(57) En el mismo sentido: SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “A modo de prontuario...”, *op. cit.*, p. 274, cuando afirma que la coexistencia de empresas bursátiles y bancarias sobre un mismo mercado debería obligar a que se determinaran reglamentariamente las condiciones que deben cumplirse para el desarrollo de una actividad compartida evitando una desigualdad concurrencial en el desempeño de sus funciones. También: ENRIQUES, L., “Lo Svolgimento...”, *op. cit.*, pp. 638-639.

alguna de las actividades propias de las empresas de servicios de inversión o que contribuyan a un mejor desarrollo de los mercados de valores.

A pesar de no presentar problemas la inclusión de estos tres tipos de entidades en el ámbito subjetivo de esta norma, creemos que para su completa definición es necesario resolver tres cuestiones básicas que no se contienen en la ley: ¿toda entidad de las hasta ahora enunciadas tiene la obligación de desarrollar murallas chinas?, ¿los grupos de entidades tienen también la obligación de incluir barreras de información?; y ¿esta obligación viene determinada por la nacionalidad de las entidades?

La primera pregunta merece, a nuestro juicio, una respuesta negativa. Ya hemos argumentado anteriormente que la instauración de murallas chinas como medida preventiva a los conflictos de interés es propia de aquellas entidades que se caracterizan por ofrecer una pluralidad de servicios. De esta manera, entendemos que sólo estarán obligadas a cumplir esta obligación aquellas entidades que presenten el riesgo que se pretende evitar y éstas son concretamente las entidades multiservicios.

La respuesta a la segunda pregunta entendemos que debería ser afirmativa, a pesar de que la primera parte del artículo 83 LMV no incluya como sujetos obligados a los grupos de entidades. Distintos son los motivos que nos permiten afirmar que los grupos de entidades también deben cumplir con la obligación de instaurar barreras de información. En primer lugar, si la segunda parte del artículo 83 LMV obliga a los grupos de entidades a tomar medidas complementarias para que en las tomas de decisiones no surjan conflictos de interés, podríamos afirmar que al ser necesario cumplir con una medida complementaria también será necesario establecer la medida principal que consiste en la instauración de murallas chinas. En segundo lugar, como ya hemos afirmado anteriormente, una de las causas principales por la que se forman grupos de entidades es la creación de grupos multiservicios. Estamos, por tanto, ante una realidad donde es fácilmente constatable la aparición de conflictos de interés provocados por la transmisión de información no pública y, consecuentemente, sería lógico que se les obligara a la instauración de murallas chinas. En tercer lugar, el artículo 70.4 LMV obliga a todo grupo consolidable a la adopción de medidas adecuadas para resolver los posibles conflictos de interés entre los clientes de las distintas entidades del grupo. Una solución que daría cumplimiento a esta obligación, como ya manifestamos anteriormente, sería la inclusión de barreras de información. Finalmente, la Carta Circular 10/1997, referida a las murallas chinas, especifica que “las barreras deben separar las distintas áreas de actividad *dentro de la actividad o del grupo*, de forma que las funciones de cada una de ellas se ejerzan de manera autónoma y se eviten conflictos de interés”. Visto lo que antecede, a nuestro entender, existen suficientes razones legislativas y prácticas para incluir los grupos de entidades en el ámbito subjetivo del artículo 83 LMV.

Para responder a la última pregunta, esto es, si la obligación de incluir barreras de información viene determinada por la nacionalidad de las entidades que actúan en el mercado, debemos tener en cuenta que el artículo 11 de la DSI establece que el Estado responsable de desarrollar y sancionar las normas de conducta es aquel donde se realiza la actividad de servicios de inversión. La disposición, a nuestro entender, es coherente ya que las condiciones de ejercicio de una actividad deben ser supervisadas y sancionadas por la autoridad responsable de ese mercado. De esta manera, también debe entenderse que todas las entidades que actúen en el mercado español, independientemente de su nacionalidad o del Estado de origen, deben cumplir con las obligaciones que nacen de las normas de conducta desarrolladas en el Título VII de la LMV, entre ellas, la instauración de murallas chinas. Para evitar problemas de competencia al respecto, el artículo 10 DSI señala que en el supuesto de que las modalidades de organización de una sucursal sean incompatibles con las normas de conductas establecidas por el Estado de acogida en materia de conflictos de interés se dará prevalencia a la obligación establecida por el Estado en el que se realiza la actividad.

Teniendo en cuenta lo que antecede, podemos concluir que estarán obligadas a incluir barreras de información aquellas entidades, ya sean empresas de servicios de inversión, entidades de crédito u otras entidades, y grupos de entidades que realicen servicios de inversión o servicios de asesoramiento dentro de una estructura de multiservicios en el mercado de valores español, independientemente de su nacionalidad.

b) *Conducta exigida*

a') *Introducción*

El artículo 83 LMV obliga a las entidades o grupos de entidades que actúen o presten servicios de asesoramiento en el mercado de valores a “establecer las medidas necesarias para garantizar que la información reservada o privilegiada derivada de la actividad de cada una de sus divisiones o secciones no se encuentre, directa o indirectamente, al alcance del personal de la propia entidad que preste sus servicios en otro sector de actividad...”. Esta disposición, siguiendo las características formales que definen las normas de conducta, se limita a establecer los principios de esta obligación sin definir qué debemos entender por información privilegiada e información reservada y sin especificar qué tipo de barreras deben utilizarse, dificultando, consecuentemente, la aplicación de esta norma. El Real Decreto 629/1993, aparte de exigir que el desarrollo de estas medidas se incluya en un Reglamento Interno de Conducta, se limita a reproducir el contenido de la norma legal. Sólo la Carta-Circular 10/1997 y la Carta-Circular 10/1998 nos dan algunos datos para poder saber qué tipo de

información se está protegiendo y cómo puede asegurarse la autonomía de actuación entre distintas secciones de una entidad o grupo de entidades.

b') Información privilegiada e información reservada

La nueva redacción del artículo 83 LMV, superando la falta de concreción de lo previsto en la primera versión de la LMV, especifica que deberán impedirse los flujos de información reservada o privilegiada que deriven de la actividad de las divisiones o secciones de una entidad o grupo⁽⁵⁸⁾. De esta manera, podríamos afirmar de manera general que el legislador intenta evitar la transmisión de aquella información no pública que procede de la actuación de cada una de las divisiones o secciones de una entidad o grupo de entidades.

A nuestro entender, el legislador pretende prohibir la transmisión de dos tipos de información diferente: la privilegiada y la reservada. Esto es, a pesar de que la conjunción “o” que une ambos calificativos podría significar equivalencia, en esta ocasión, entendemos que quiere denotar diferencia ya que, como veremos a continuación, cada uno de los términos tiene un concepto diferente. Por lo tanto, consideramos necesario distinguir ambos conceptos, tarea no fácil, no sólo para la correcta aplicación de este precepto sino también por la relevancia que tiene, como observaremos en el siguiente apartado, en el momento de determinar los efectos del incumplimiento de la obligación contenida en este precepto.

No existe dificultad para determinar lo que debemos entender por información privilegiada, ya que el artículo 81.2 LMV establece, en su nueva redacción, que “se considerará información privilegiada toda información de carácter concreto que se refiera a uno o varios valores y a uno o varios emisores de valores, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre la cotización de tales valores”. A partir de esta definición, podemos afirmar que el término información privilegiada se determina por cuatro características básicas: información no pública, concreta, relacionada con emisores y valores,

(58) La antigua redacción del artículo 83 LMV sólo hacía referencia a la “información derivada de la actuación en los mercados de valores”, con lo cual no indicaba la necesidad de que fuera información material no pública. La nueva redacción, siguiendo lo ya establecido en la Carta-Circular 10/1997, distingue entre información privilegiada e información reservada.

y que puede influir en la cotización⁽⁵⁹⁾. La obtención y el uso de esta información, por otra parte, puede atribuirse, de acuerdo con el artículo 81.2 LMV, a cualquier persona.

La LMV, por el contrario, cuando en alguna de sus disposiciones utiliza el término información reservada no lo acompaña de una definición del mismo. Sin embargo, esto no significa, a nuestro entender, que no exista una definición de este concepto en el texto legal. En efecto, la Carta-Circular 10/1997 relaciona el concepto de información reservada con el contenido del primer apartado del artículo 81 donde se establece el deber de secreto a todas las personas o entidades que participan en los mercados de valores de las informaciones que obtengan por razón de su trabajo, profesión, cargo o funciones⁽⁶⁰⁾. De esta manera, podemos afirmar que el primer apartado del artículo 81 incluye una definición del término “información reservada”. Por otra parte, la misma Carta-Circular establece que el concepto de información reservada está “íntimamente relacionado con el secreto profesional” y especifica que “incluye toda la de naturaleza confidencial, esto es no pública, facilitada a un profesional del Mercado de Valores y derivada de su propia actividad”. De ambas definiciones, las previstas en el artículo 81.1 LMV y la Carta-Circular 10/1997, podemos deducir que estamos ante una información no pública obtenida por un profesional del mercado de valores y derivada de su propia actividad, que podrá referirse a emisores, a valores o a clientes. Este término presenta sólo como elemento común al de información privilegiada el hecho de no ser pública, sin necesidad

(59) En el mismo sentido *vid.*: WYMEERSCH, E., “The Insider Trading Prohibition in the EC Member States: A Comparative Overview”, en HOPT, K. AND WYMEERSCH, E., *European Insider Dealing*, Butterworths, Londres, 1991, pp. 112-117; HOPT, K., “The European Insider Dealing Directive”, en HOPT, K., AND WYMEERSCH, E., *European Insider Dealing*, Butterworths, Londres, 1991, pp. 133-135; HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La prohibición de los abusos de información privilegiada en el derecho del mercado de valores francés”, *RDBB*, 1998, pp. 772-783; MARTÍNEZ FLOREZ, A., voz Abuso de información privilegiada”, *EJB*, III, Madrid, 1995, p. 3558; y SÁNCHEZ GUILARTE, J. y TAPIA HERMIDA, A.J., “El abuso de información privilegiada (insider dealing y operaciones de iniciados)”, *RDBB*, 1987, pp. 773-774.

(60) De la misma manera, la Carta Circular 9/1997, de 7 de julio de 1997, sobre hechos relevantes y su comunicación a la CNMV señala que el concepto de información reservada se define en el artículo 81.1 LMV.

de que se añadan el resto de requisitos⁽⁶¹⁾. De esta manera, el artículo 83 LMV incluye como información que no debe ser objeto de transmisión entre sectores de una entidad o grupo de entidades a toda información no pública que tenga relación con el mercado de valores, ya sea reservada o privilegiada.

c') Medidas de separación

La primera cuestión que suscita la lectura del artículo 83 LMV es si sólo deben evitarse los flujos de información entre sectores de actividades distintas, *verbi gracia* entre los departamentos bursátiles y los departamentos crediticios; o también deberán evitarse entre departamentos de una misma actividad. El artículo 83 LMV establece que deberán establecerse las medidas adecuadas “para garantizar que la información (...) derivada de una actividad de cada una de sus divisiones o secciones no se encuentre (...) al alcance del personal de la propia entidad que preste sus servicios en *otro sector de actividad*”. La redacción de este precepto no es muy clara respecto a esta materia, sin embargo, sí que parece poder afirmarse que no distingue entre actividades sino entre secciones, con lo cual, a nuestro entender, la obligación de incluir barreras informativas se extiende tanto entre departamentos que realizan una misma actividad como departamentos que se dedican a actividades diversas, ya que en ambos casos es fácil que aparezcan conflictos de interés debido a la transmisión de información reservada o privilegiada⁽⁶²⁾. La misma conclusión puede extraerse de la Carta-Circular 10/1997 cuando establece que determinadas áreas, por la

(61) Igual concepto aparecía en el Proyecto de Ley de Reforma de la LMV publicado el 15 de junio de 1998 (BOGC, Senado) donde se decía que “Se considera información reservada toda la información relativa a los mercados de valores a la que se acceda por motivos de trabajo, profesión o cargo y que no se haya hecho pública”. Algún autor critica este concepto tan amplio ya que considera que la información reservada es sólo un estado previo a la información privilegiada y, por lo tanto, también exige que esta información afecte a la cotización pudiéndose así convertir en privilegiada. Incluso se llega a afirmar por el mismo autor que a través de los Códigos Internos de Conducta puede procederse a acuñar un concepto de información reservada más preciso. En este sentido: DE LUIS Y LORENZO, J.F., “Las entidades...”, op. cit., pp. 4007-4008. A nuestro entender, el legislador español no ha querido limitar el concepto de información reservada y de ahí que no haya incluido una definición expresa, por lo tanto, creemos que sería imposible delimitarla a partir de los Códigos Internos de Conducta ya que se estaría, indirectamente, limitando el alcance del artículo 83 LMV.

(62) En la anterior redacción del artículo 83 LMV sólo se especificaba que “la información derivada de estas actividades no esté al alcance (...) del personal de la propia entidad que trabaje en otro sector de actividad...”. Esta redacción fue criticada acertadamente por algún autor español ya que su interpretación literal recogía sólo un supuesto específico, “la prohibición de que las entidades de valores pasen información al personal que trabaja en otro sector de actividad”, siendo este no el supuesto normal, sino el excepcional, ya que el mayor peligro está en el traspaso de información entre departamentos de una misma actividad. Así, DE CARLOS BELTRÁN, L. y FERNÁNDEZ ARMESTO, J., *El Derecho del Mercado Financiero*, Civitas, Madrid, 1992, p. 396.

naturaleza de las actividades que desarrollan, deben estar separadas tanto del resto de la organización como entre sí.

En relación con la forma que deben tomar las barreras de información tanto el artículo 83 LMV como su desarrollo reglamentario parecen dar entera libertad a los sujetos obligados al no especificar qué tipo de medidas deben incluirse. Esta libertad también se desprende de la Carta-Circular 10/1997 al afirmar que “corresponde a cada entidad analizar sus propias necesidades y sus propios riesgos e incluir en su Reglamento Interno de Conducta las normas exigidas por la prudencia o necesarias para dar cumplimiento a las exigencias legales”. De esta manera, las entidades y grupos de entidades obligados podrán adoptar aquellas medidas que, funcionando como murallas chinas, consideren más adecuadas por las características que definan su realidad. Con todo, la CNMV, a través de la Carta-Circular 10/1997, ha señalado la manera en que puede desarrollarse esta obligación, sin ser la única ni la necesariamente obligatoria, dando así, a nuestro entender, un cierto grado de seguridad jurídica⁽⁶³⁾. Creemos, sin embargo, que una característica necesaria que debe definir a estas medidas es que sean estructurales y generales. Así parece desprenderse del artículo 10 DSI al exigir como requisito necesario para poder actuar como empresa de inversión la previsión de una estructura determinada, y también de la jurisprudencia británica cuando afirma que “las murallas chinas deben ser establecidas como parte de la organización estructural de la entidad y no creadas para un caso *ad hoc*”⁽⁶⁴⁾.

En cuanto a cómo deben implementarse las murallas chinas, la Carta-Circular 10/1997, acertadamente, señala, como así lo recoge el artículo 3 del Real Decreto 629/1993, que deberá ser abordado en los Reglamentos Internos de Conducta. De esta manera, a nuestro entender, la libertad anteriormente anunciada respecto a la forma que pueden adoptar las murallas chinas puede quedar relativizada debido al control que realiza la CNMV sobre el contenido de estos Reglamentos. En efecto, el artículo 3.4 del Real Decreto 629/1993 establece que los Reglamentos Internos de Conducta elaborados por las entidades obligadas deberán remitirse a la CNMV previamente a su aplicación y da competencia a la Comisión para “efectuar objeciones o recomendaciones a los mismos si

(63) Debemos recordar que lo establecido en la Carta-Circular sólo puede entenderse como la interpretación que realiza la CNMV sobre esta norma pero que no obliga necesariamente a los sujetos afectados a seguir estos medios. Así lo expresa claramente la Carta-Circular cuando señala que “las propuestas que incluye la carta no deben considerarse reglas obligatorias exigibles a todas las entidades, ni tampoco una plataforma mínima que exima de responsabilidad...”.

(64) Sentencias *Bolkiach v. KPMG y Young v. Robson Rhodes & Another* (30 de marzo de 1999), *cit.*, JAMES, N. and HAMILTON, M. “Chinese...”, *op. cit.*, pp. 340 y ss.

apreciase disconformidad con lo dispuesto en el presente Real Decreto o en cualquiera otros preceptos de la legislación del mercado de valores, en cuyo caso las entidades deberán realizar las modificaciones necesarias que aseguren el cumplimiento de los mismos”. De esta manera, parece ser que la CNMV podrá sugerir a una entidad, cuando le presente su Reglamento Interno de Conducta, la sustitución de unas barreras informativas por otras que esta autoridad considere más efectivas debido a las características de la entidad. Dicha entidad estará obligada a introducir el cambio ya que, de lo contrario, se podría entender que no está cumpliendo con la obligación legal de garantizar una toma de decisiones autónoma.

El desarrollo de la regulación de las murallas chinas en el Reglamento Interno de Conducta debería contener, a nuestro entender y siguiendo las pautas establecidas por la Carta-Circular 10/1997, cuatro materias básicas. En primer lugar, sería necesario establecer con carácter general la obligación de evitar los conflictos de interés. En segundo lugar, determinar los procedimientos para su cumplimiento, esto es, los medios necesarios para procurar su difusión y conocimiento. En tercer lugar, desarrollar las barreras de información necesarias que podrían consistir, como señala la Carta-Circular, en barreras físicas (por ejemplo: separación en distintos edificios, separación en personas jurídicas, accesos restringidos, protección de archivos), o en barreras obligaciones (por ejemplo: el compromiso expreso de no transmitir información)⁽⁶⁵⁾. Finalmente, y muy importante tanto como medida preventiva como correctora, sería necesario establecer unos mecanismos internos de control, tales como el departamento de cumplimiento, el fomento de denuncias internas y los beneficios por cumplimiento; y unos mecanismos de sanción interna por comisión de infracciones nombrando a la persona o personas responsables para su persecución.

Podemos concluir, una vez analizada la obligación que se incluye en la primera parte del artículo 83 LMV, que todas las empresas o grupos multiservicios deberán desarrollar en su Reglamento Interno de Conducta un conjunto de medidas físicas y/u obligacionales para evitar que existan flujos de información privilegiada y reservada entre distintas áreas y también instaurar un procedimiento interno de control y sanción para garantizar, en la medida que sea posible, la eficacia de las murallas chinas. Con esta obligación, el legislador, a nuestro entender, no sólo pretende resolver un tipo de conflicto de interés muy concreto, aquel que surge de la existencia de información no pública, sino que, como hemos afirmado anteriormente, a la vez intenta prevenir el uso de información privilegiada.

(65) Para un análisis de las posibles barreras *vid.* la Carta-Circular 10/1997 y FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ ACEBO, A., *Las normas...*, op. cit., pp. 411 y ss.

c) *Régimen sancionador*

A pesar de que el artículo 83 LMV se incardina dentro de las normas de conducta y de que su desarrollo se realiza por medio de un Reglamento Interno de Conducta, no debemos confundir la naturaleza de esta obligación. En efecto, estamos ante una norma de obligado cumplimiento y su inobservancia, como así se desprende de distintos preceptos de la LMV, provoca el nacimiento de responsabilidad administrativa a cargo del sujeto que incumple⁽⁶⁶⁾. De esta manera, la no inclusión de barreras informativas por parte de alguna de las entidades obligadas significará una infracción grave, de acuerdo con lo previsto en el artículo 100.n) y t) LMV, y, consecuentemente, tanto la entidad como, según señala el artículo 95 LMV, las personas que ocupen el cargo de administración o funciones de dirección serán sancionadas según lo previsto en el artículo 103 LMV.

Cuestión distinta, que la ley no resuelve, se daría cuando, habiendo una entidad establecido murallas chinas, algún empleado, representante o administrador de esa entidad incumple con la obligación de no traspasar información reservada o privilegiada a otro departamento⁽⁶⁷⁾. En esta ocasión, a nuestro juicio, no estamos ante una infracción del artículo 83 LMV sino ante una falta de eficacia de las murallas chinas. Por lo tanto, entendemos que no puede sancionarse a esa entidad por la falta de eficacia de las murallas chinas si la CNMV, en el momento de comprobar el contenido del Reglamento Interno de Conducta, no requirió el establecimiento de un sistema distinto⁽⁶⁸⁾. Sin embargo, sí que debería ser sancionada la persona, física o jurídica, que haya realizado el traspaso de información no pública, ya que estaría infringiendo otras disposiciones de la LMV. Esta sanción, por lo tanto, procedería de la propia LMV al tratarse de un incumplimiento del deber de secreto de información reservada (81.1) o del uso de información privilegiada (art. 81.2); pero también debería sancionarse de forma interna de acuerdo con el procedimiento previsto en los Reglamentos

⁽⁶⁶⁾ En el mismo sentido: SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “A modo de prontuario...”, op. cit., pp. 266-267; idem, “En torno al concepto...”, op. cit., p. 49; y TAPIA HERMIDA, A.J., “Las normas...”, op. cit., p. 3221.

⁽⁶⁷⁾ También señala la falta de referencia normativa a esta materia: FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ ACEBO, A., *Las normas...*, op. cit., p. 429.

⁽⁶⁸⁾ Como ya hemos afirmado anteriormente las barreras de información deben desarrollarse en el Reglamento Interno de Conducta. La entidad, antes de aplicar este Reglamento, tiene la obligación de ponerlo en conocimiento de la CNMV para que esta realice las observaciones que crea oportunas. En el caso que la CNMV informe sobre la necesidad de algún cambio la entidad estará obligada a modificarlo antes de aplicarlo.

Internos de Conducta⁽⁶⁹⁾. De lo dicho hasta ahora creemos que dos son las ideas que deben destacarse: en primer lugar, la falta de eficacia de las murallas chinas incluidas en un Reglamento aceptado por la CNMV no debería considerarse como una infracción del artículo 83 LMV; y, en segundo lugar, la existencia de murallas chinas no puede ser una justificación para exonerar a una entidad o a uno de sus empleados de ser sancionado cuando exista una violación del deber de secreto o se haya utilizado información privilegiada⁽⁷⁰⁾.

(69) El incumplimiento de las reglas contenidas en los Reglamentos Internos de Conducta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.1 del Real Decreto 629/1993, tiene una doble consecuencia: por una parte, en cuanto el contenido de los mismos sea desarrollo de la LMV y del Código General de Conducta, estas deberán ser consideradas como normas de ordenación y disciplina del mercado de valores y, por lo tanto, su incumplimiento provocará responsabilidad administrativa en forma de sanción; por otra parte, también tendrá unas consecuencias laborales que pueden llegar a la extinción del contrato que le une con la entidad. En este sentido *vid.* TAPIA HERMIDA, A.J., “Las normas...”, op. cit., pp. 340-341; y FERÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ ACEBO, A., “Los reglamentos...”, op. cit., p. 6965.

(70) Algunos autores destacan que la regulación de las murallas chinas puede tener dos objetivos distintos: uno “profiláctico”, esto es, que se incluya como medida preventiva del uso de información privilegiada y reservada; y otro “legal”, esto es, considerarlas como una defensa contra la responsabilidad que puede surgir del uso de información privilegiada por parte de uno de sus empleados para la empresa que las introduce, teniendo en cuenta que generalmente se imputa el conocimiento del empleado a la empresa. En este sentido: POSER, N., *International...*, op. cit., pp. 189-190; y GRAHAM, G., “The Statutory...”, op. cit., pp. 52-53.

CRÓNICA

ATRIBUCIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL USO NO AUTORIZADO DE TARJETAS

IGNACIO FARRANDO MIGUEL y JOAQUIM CASTAÑER CODINA

Facultad de Derecho. Universitat de Girona

SUMARIO

- I. PRESENTACIÓN.
 - II. LA REGLA GENERAL.
 - III. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL.
 - 1. Excepciones de índole cuantitativa.**
 - A) Límites de responsabilidad.
 - B) Límite de disponibilidad.
 - 2. Excepciones de índole cualitativa.**
 - 3. Excepción instrumental.**
 - IV. RECAPITULACIÓN.
-

I. PRESENTACIÓN

La multiplicación del número y clases de tarjetas de crédito y de débito en el tráfico cotidiano es, sin duda alguna, un avance de nuestros días⁽¹⁾. Nada que objetar a las ventajas que ofrece este nuevo medio de pago⁽²⁾, ya sean emitidas por entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito o establecimientos comerciales⁽³⁾. Sin embargo, y como otras muchas novedades, su utili-

(1) Una observación previa. Pese a que la distinción entre tarjetas de crédito y de débito sea una constante en nuestra doctrina a la hora de exponer su clasificación y, entre otros extremos, abordar diversas características propias de las primeras (p.ej.: concesión de crédito, etc.), en estas páginas no distinguiremos entre unas y otras ya que, para nuestro objetivo y salvo en los extremos que se dirán, dicha distinción es irrelevante. V. para aquella distinción GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: *El pago mediante tarjeta de crédito*, La Ley, Madrid, 1990, espec. pp. 12-17 y, en la manualística, SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, II, McGraw-Hill, Madrid, 1999, espec. p. 311; AURIOLES MARTÍN, A.: “Capítulo 74: Contratos bancarios de gestión (I)”, en p. 495 y ss. del vol. 2 de *Derecho mercantil*, (coord.: G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ), Ariel, Barcelona, 1999, espec. p. 506; GÓMEZ PORRÚA, J.M.: “Capítulo 57: La tarjeta de crédito”, en p. 190 y ss. del vol. 2 de *Derecho mercantil* (coord.: G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ), Ariel, Barcelona, 1999, espec. pp. 198-199; y VICENT CHULIÁ: *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, II, José M.^º Bosch Editor, Barcelona, 1990, espec. p. 814, e *idem*: *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, espec. p. 824.

(2) La doctrina ha manifestado que la tarjeta de crédito representa la tercera generación de medios de pago, después de la moneda y los cheques (v. así, GÓMEZ MENDOZA, M.: “Tarjetas bancarias” en p. 363 y ss. de *Contratos bancarios* (dir.: R. GARCÍA VILLAVERDE), Civitas, Madrid, 1992, espec. p. 367; o NÚÑEZ LOZANO, P.L.: *La tarjeta de crédito*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1997, espec. p. 24) y que, a diferencia de estos últimos, no cuenta con una regulación expresa [v. entre las decisiones jurisprudenciales que recuerdan que estamos ante un contrato atípico amparado por el artículo 1255 CC, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sec. 4.^ª) de 15 de octubre de 1994 (AC 1995-2, @668) o de la Audiencia Provincial de Asturias (Sec. 4.^ª) de 8 de mayo de 1998 (Ar. Civ. 1143/1998)].

(3) Una vez más es necesario aclarar que en estas páginas nos referiremos tanto a las denominadas *tarjetas bancarias*; es decir, a las emitidas por entidades de crédito [v. 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* (BOE n.º 155, de 30 de junio de 1986)] y establecimientos financieros de crédito [v. disposición adicional 1.^ª1.d) de la *Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero* (BOE n.º 90, de 15 de abril de 1994) e *idem* artículo 1.^º del *Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre establecimientos financieros de crédito* (BOE n.º 126, de 24 de mayo de 1996)] como a las llamadas *tarjetas comerciales*, es decir, a las emitidas por establecimientos comerciales para facilitar la adquisición de sus bienes o servicios [v. para su definición completa el artículo 2 III de la *Recomendación de la Comisión de 17 de noviembre de 1988, relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas* (88/590/CEE) (DOCE L n.º 317, de 24 de noviembre de 1988) (de ahora en adelante: Recomendación CEE 1988)].

zación no está exenta de riesgos. Concretamente, y en lo que aquí nos interesa, nos referimos a los derivados de su uso no autorizado y, en definitiva, a la identificación de quién debe soportar el perjuicio económico asociado a dicho uso irregular⁽⁴⁾. Estas páginas se destinan, pues, a exponer el estado actual de esta cuestión y, para ello, se formula una regla general y diversas excepciones a la luz tanto de la (escasa) normativa aplicable como, por otra parte, de los ejemplos que nos ofrece nuestra jurisprudencia.

II. LA REGLA GENERAL

Es regla que debe considerarse general aceptar que la transmisión del riesgo por el uso no autorizado de una tarjeta se produce al comunicar a la entidad emisora, o a su central de avisos⁽⁵⁾, la voluntad de bloquear su operatividad. Es decir, y como es bien sabido, dicha comunicación actúa a modo de barrera temporal de tal forma que, tras realizarse, el cliente no responderá por los cargos derivados de la utilización de la tarjeta o tarjetas denunciadas mientras que, por el contrario, el cliente habrá de responder de los cargos producidos con anterioridad a la recepción de la comunicación de anulación de la tarjeta por la entidad emisora o por dicho centro de avisos⁽⁶⁾.

(4) Como es fácil intuir, esta cuestión se plantea debido a las dificultades asociadas a la identificación del autor de dicho uso ilícito.

(5) Por *central de avisos* (o *centro de notificación* en expresión del *Código de Buena Conducta de la Banca Europea con respecto a los sistemas de pago mediante tarjeta*, aprobado por las Asociaciones del Sector Crediticio Europeo en fecha 14 de noviembre de 1990 [v. su texto en la *Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 1992*, p. 121 y ss.] [de ahora en adelante: *Código de Buena Conducta*]) se entiende la central telefónica encargada de recibir los avisos de anulación de tarjetas. Estos centros, cuya gestión puede ser compartida por varias entidades, toman nota de la llamada del cliente y proceden a la anulación inmediata de la tarjeta o tarjetas deseadas tras comprobar la identidad del solicitante.

(6) V. entre otras muchas que así lo sostienen, la SAP de Madrid (Sec. 12.^ª) de 4 de julio de 1994 [Ar. Civ. 1492/1994]; la SAP de Barcelona (Sec. 16.^ª) de 12 de septiembre de 1997 [643 RGD 1997, p. 4909] o, en fin, la SAP de Asturias (Sec. 4.^ª) de 8 de mayo de 1998 [Ar. Civ. 1143/1998]. Pero v. también la SAP de Castellón (Sec. 1.^ª) de 26 de octubre de 1998 [Ar. Civ. 2131/1998] donde, *obiter dicta*, se apunta el posible carácter abusivo de “*aquellas cláusulas que exoneran de responsabilidad en todo caso (es decir, sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto) a la entidad bancaria por los cargos realizados con tarjetas sustraídas antes de tener el banco conocimiento de dicha circunstancia*”.

Esta carga de comunicación⁽⁷⁾ es del todo lógica ya que, en definitiva, es el cliente quien está en mejor situación para conocer cuándo puede llegar a utilizarse irregularmente⁽⁸⁾ (p.ej.: debido a su sustracción, pérdida, etc.). La lógica de que dicha iniciativa corresponda al cliente casa perfectamente, por otra parte, con la prohibición de que el emisor bloquee unilateralmente la tarjeta⁽⁹⁾ salvo, claro

(7) A pesar de que los contratos de emisión de tarjeta acostumbran a indicar que se trata de un deber del titular, es claro que su conceptualización correcta es la efectuada en el texto ya que, en definitiva, ni existe acción exigible contra el mismo obligándole a comunicar el suceso productor del riesgo, ni el incumplimiento de la comunicación da origen a una conducta ilícita, sino a la simple pérdida de las ventajas asociadas a su cumplimiento [v., también, considerando la comunicación como una carga que pesa sobre el titular, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: *Las tarjetas de crédito. Relaciones contractuales y conflictividad*, Marcial Pons, Madrid, 1997, espec. p. 65].

(8) V. así expresamente, la SAP de Madrid de 11 de abril de 1987 [La Ley 1987-2, p. 719] donde se indica, respecto de una tarjeta de crédito, que “*en caso de pérdida, robo, uso falsario o reproducción mendaz de la tarjeta, tiene que ponerse en conocimiento de su emisor o institutor tal hecho*”; la SAP de Sevilla (Sec. 5.ª) de 31 de enero de 1995 [Ar. Civ. 838/1995] donde se califica la comunicación del extravío de una tarjeta comercial como “*deber inexcusable*” del titular; o, en fin, la SAP de Valencia (Sec. 3.ª) de 26 de abril de 1993 [588 RGD 1993, p. 9019] donde, refiriéndose a una tarjeta de autopista, afirmó que “*el concesionario (esto es: el titular) asume el compromiso de dar aviso inmediato a la entidad concedente (es decir: la entidad emisora) de cualquier caso de extravío o sustracción de dicha tarjeta para que así se den órdenes inmediatas computadorizadas para que las máquinas procesadoras rechacen la tarjeta cuando sea utilizada contra la voluntad del legítimo usuario*” indicando (tal vez desorbitadamente) que “*el principio de buena fe contractual hasta puede estimarse que exige que cuando un usuario decida ya no volver a utilizar la tarjeta, por no interesarle el servicio en lo sucesivo o por mucho tiempo, la devuelva a la entidad concedente o al menos le dé aviso de su propósito de no utilizarla y evitar así cualquier riesgo*”.

(9) Como regla general la cancelación de la tarjeta de crédito sólo podrá producirse con arreglo a lo pactado en el contrato de emisión (aunque ténganse presentes las limitaciones establecidas en la *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para defensa de consumidores y usuarios* [BOE n.º 176, de 24 de julio de 1984] y, especialmente, en el número 17 de su disposición adicional 1.ª) y, por tanto, su anulación en supuestos extraños se califica de mala práctica bancaria (v. así Resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España n.º 2019/98 y n.º 1249/98 [*Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 1998*, pp. 90-91] [de ahora en adelante: SRBE, Res. y *Memoria*]) que puede dar lugar a la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que dicha anulación hubiere producido (v. así la STS de 15 de noviembre de 1994 [Ar. 8488/1994] donde se responsabiliza a una entidad de crédito por la cancelación indebida de una tarjeta). V., comentando esta última sentencia, GÓMEZ MENDOZA, M: “Cancelación de una tarjeta de crédito sin justa causa (Comentario a la STS de 15 de noviembre de 1994)”, 57 RDBB 1995, p. 153 y ss.; y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Tarjeta de crédito: cancelación de la misma por error: cancelación del seguro correspondiente; indemnización de los daños y perjuicios derivados de muerte del titular de la tarjeta; moderación de la responsabilidad”, 38 CCJC 1995, p. 549 y ss.

está, cuando medie justa causa (p.ej.: al conocer por otros cauces su sustracción⁽¹⁰⁾, etc.).

La carga de dicha comunicación la soporta el contratante de la tarjeta que, por regla general, también será su titular. Existiendo tarjetas accesorias o suplementarias debe entenderse que la legitimación para efectuar la comunicación se extiende a sus titulares⁽¹¹⁾. Por otra parte, y como no podía ser de otra forma, la comunicación de la anulación de la tarjeta debe dirigirse a su emisor aunque, para facilitar su efectividad, existen centros de notificación destinados a recoger dichas manifestaciones⁽¹²⁾. La forma de la notificación es libre aunque, por obvias razones de celeridad, se impone la comunicación verbal o mediante fax, no siendo exigible la imposición de comunicación por escrito⁽¹³⁾ o, en nuestra opinión, la necesidad de ratificar por este medio la notificación verbal de anula-

(10) V. así, pese a lo improbable del supuesto, NÚÑEZ LOZANO: *La tarjeta de crédito*, espec. pp. 367 y 380-381.

(11) Es claro que la entidad emisora debe examinar la legitimación de quien solicita la cancelación o anulación de una tarjeta y que, en lógica conclusión, responderá en caso de anulación instada por quien, no estando inicialmente legitimado, no dispone de una causa justa.

(12) Debe tenerse presente que el artículo 8.1 de la Recomendación CEE 1988 dispone, para las tarjetas bancarias, que *“todo emisor facilitará los medios por los que sus clientes puedan notificar, a cualquier hora del día o de la noche, la pérdida, robo o falsificación de sus instrumentos de pago”* extendiendo esta obligación respecto de las tarjetas comerciales aunque limitada a *“las horas de apertura de las empresas emisoras”*. Esta idea es repetida en el artículo 9.1 de la *Recomendación de la Comisión de 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos (97/489/CE)* [DOCE L n.º 208, de 2 de agosto de 1997] (de ahora en adelante: Recomendación CE 1997) si bien no distinguiendo entre tarjetas bancarias y comerciales. Siguiendo esta corriente el SRBE ha mantenido en diversas ocasiones que es una mala práctica bancaria que la entidad de crédito (o establecimiento financiero de crédito) no haya *“establecido un sistema que permita en todo momento poder notificar la pérdida o robo de los medios de pago de sus clientes”* (v. Res. n.º 1374/91 [Memoria 1992, p. 73] y, entre otras en idéntico sentido, Res. n.º 459/93 [Memoria 1993, p. 103]).

(13) De nuevo el SRBE considera mala práctica bancaria que el contrato de emisión de tarjeta exija la notificación *“de la pérdida o sustracción de la tarjeta por medio de escrito entregado en días y horas de oficina, declinando la responsabilidad en caso de avisos telefónicos o verbales de cualquier tipo”* (Res. n.º 459/93 [Memoria 1993, p. 103]) o, en fin, que la entidad no disponga de un centro telefónico de recepción de comunicaciones obligando al cliente a acudir personalmente a las oficinas de la entidad (Res. n.º 1196/98 [Memoria 1998, p. 92]).

ción⁽¹⁴⁾ ni, también a nuestro parecer, acompañar documento alguno (p.ej.: copia de la denuncia de la sustracción, etc.), o expresar la causa o razón que origina la anulación⁽¹⁵⁾. Por último conviene aclarar que, pese a que normas⁽¹⁶⁾ y decisiones jurisprudenciales⁽¹⁷⁾ exijan que la comunicación sea “*inmediata*” a la creación de la situación de riesgo, el retraso en la notificación al único que perjudica es al cliente ya sea porque, con arreglo a la regla general, éste debe responder por los cargos producidos hasta ese momento, ya porque un retraso excesivo puede comportar la inaplicación del límite de responsabilidad al que luego nos referiremos⁽¹⁸⁾.

La recepción de la comunicación de anulación⁽¹⁹⁾ obliga a la entidad a “*impedir la ulterior utilización*” de la tarjeta “*con todos los medios razonables*

(14) Téngase presente, sin embargo, que la SAP de Valencia de 23 de febrero de 1989 (AC 1989-1, @24) sostuvo una opinión contraria al exigir la confirmación por escrito del aviso verbal “*para que haya una constancia documental del extravío y de la fecha que, en su caso, será tenida en cuenta para depurar posibles responsabilidades, siempre que por otras medidas no pueda concretarse*”, calificando el comportamiento del interesado de poco diligente por retrasar dicha confirmación por escrito.

(15) Sin perjuicio, claro está, de que el cumplimiento de esos trámites comporte que la entidad reponga gratuitamente la tarjeta, realice un abono por el periodo de tiempo que resta hasta el fin de vigencia o, en fin, ofrezca cualquier otra ventaja a su titular.

(16) V. artículo 4.1.b) de la Recomendación CEE 1988 refiriéndose a que la notificación debe efectuarse “*sin excesiva demora*”, o artículo 5.b) de la Recomendación CE 1997 indicando que la misma deberá efectuarse “*sin demora*”. El artículo 6.c) del Código de Buena Conducta es más estricto todavía, ya que exige que la comunicación se realice “*sin dilación alguna*”.

(17) V. la SAP de Ciudad Real (Sec. 2.ª) de 20 de mayo de 1993 [AC 1993-4, @1254] donde se refiere al “*inmediato deber*” de comunicación de la sustracción de una tarjeta de débito, o la ya citada SAP de Valencia (Sec. 3.ª) de 26 de abril de 1993 [588 RGD 1993, p. 9019] refiriéndose al compromiso de dar aviso *inmediato*. En la doctrina, v. p.ej., GÓMEZ MENDOZA, M.: “*Consideraciones generales en torno a las tarjetas de crédito*”, en p. 387 y ss. de los *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, II, Tecnos, Madrid, 1971, espec. p. 402 o DE ARRILLAGA, J.I.: “*La tarjeta de crédito*”, RDPriv. 1981, p. 784 y ss., espec. pp. 797-798.

(18) V. *infra* apartado III.1.A).

(19) Es común indicar que el momento en que se desplaza la responsabilidad a la entidad coincide con el de la recepción de la comunicación [v. p.ej. CARBONEL PINTANEL, J.C.: *La protección del consumidor titular de tarjetas de pago en la Comunidad Europea*, Colección Estudios Internacionales, Madrid, 1994, espec. p. 323], mientras que la prueba de que la comunicación ha sido realizada y del momento en que se efectuó corresponde, lógicamente, a quien interesa este extremo. Cuestión distinta es que, debido a que normalmente el cliente no cuenta con medios que acrediten dicha comunicación o el momento exacto de la

a su alcance” (20). La doctrina administrativa (21) y la jurisprudencia (22) son constantes en este sentido: desde que se recibe la comunicación de anulación, el riesgo económico derivado de la utilización de la tarjeta no puede recaer sobre el cliente (23), sino sobre su entidad emisora o, en su caso, sobre los estableci-

misma, la entidad debe disponer de sistemas que ofrezcan certeza sobre la misma y el momento en que se produjo (p.ej.: conversación telefónica registrada, etc.). En este sentido, si bien asentándolo en la obligación que pesa sobre las entidades de conservar prueba de sus manifestaciones para el caso de que surja disputa con sus clientes, la Res. n.º 798/90 (*Memoria* 1991, p. 49) entendió que una entidad vulnera las buenas prácticas bancarias si no prueba sus manifestaciones acerca de la existencia y momento del aviso.

(20) V. artículo 9.2 de la Recomendación CE 1997 y, en jurisprudencia, la SAP de Barcelona (Sec. 11.ª) de 20 de octubre de 1995 [618 RGD 1996, p. 2613], estableciendo la responsabilidad de la entidad emisora “*por no haber realizado los actos necesarios para que quedase bloqueado el sistema informático*”.

(21) V. p.ej. las Res. n.º 297/91 y n.º 292/91 (*Memoria* 1992, pp. 61-62), donde se califica de mala práctica bancaria que la entidad no cancele de inmediato una tarjeta de la que ha recibido denuncia de sustracción.

(22) V. SAP de Valencia de 23 de febrero de 1989 [AC 1989-1, @24] respecto de una tarjeta de débito cuya pérdida se comunicó y donde expresamente se indica que la entidad bancaria debería haber adoptado las medidas conducentes a evitar que la tarjeta fuera utilizada por extraños en perjuicio del titular, quien “*no debe soportar en su peculio la falta de diligencia de aquéllos en el cumplimiento de su obligación*”; SAP de Valencia (Sec. 4.ª) de 20 de febrero de 1995 [609 RGD 1995, p. 7623], donde el Tribunal consideró que una vez comunicada la pérdida de la tarjeta es irrelevante cualquier otra alegación relativa a la negligencia de su titular respecto de las operaciones posteriores a dicha fecha; o SAP de Barcelona (Sec. 11.ª) de 20 de octubre de 1995 [618 RGD 1996, p. 2613], donde, respecto de una tarjeta de crédito, se apreció la concurrencia de culpa del banco emisor con la entidad franquiciadora de la marca de la tarjeta, ya que, pese a haberse comunicado su sustracción, “*no acreditó haber realizado los actos necesarios para que quedase bloqueado el sistema informático de autorización*”.

(23) V. p.ej. la SAP de Barcelona (Sec. 16.ª) de 14 de septiembre de 1990 [558 RGD 1991, p. 1811]; la SAP de Valencia (Sec. 4.ª) de 20 de febrero de 1995 [609 RGD 1995, p. 7623]; la SAP de Barcelona (Sec. 16.ª) de 12 de septiembre de 1997 [643 RGD 1998, p. 4909]; o, por acabar, la SAP de Asturias (Sec. 4.ª) de 8 de mayo de 1998 [Ar. Civ. 1143/1998]. Esta conclusión también ha sido respaldada por el SRBE en multitud de ocasiones (v. p.ej. Res. n.º 1558/1989 [*Memoria* 1990, p. 49]; n.º 150/93 [*Memoria* 1993, p. 108] o n.º 2373/94 [*Memoria* 1995, p. 90]), así como por la doctrina (v., por todos, GÓMEZ MENDOZA: “Tarjetas bancarias”, pp. 402-404). Especialmente interesante es la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sec. 5.ª) de 29 de octubre de 1993 [594 RGD 1994, p. 2726] por cuanto consideró nula por abusiva la cláusula contractual conforme a la cual el titular de una tarjeta de carburante respondía de su utilización ilícita durante los veinte días siguientes a la comunicación de su pérdida o sustracción. Aunque el emisor de la tarjeta sostuvo que la cláusula estaba justificada por las dificultades existentes para poner en conocimiento de todas las estaciones de servicio el bloqueo de la tarjeta, el Tribunal consideró que el argumento era irrazonable debido a la “*existencia de avanzados medios tecnológicos de comunicación*”.

mientos comerciales o, incluso, la entidad franquiciadora de la marca⁽²⁴⁾. Claro está que lo anterior no impide que, con arreglo a los límites que a continuación examinaremos, la entidad pueda reclamar al titular los cargos anteriores a dicho momento.

III. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL

El anterior sistema distributivo de responsabilidad debe matizarse en un triple sentido. Por un lado, ya que aquella regla sufre ciertas correcciones por razones asociadas a los denominados límites de responsabilidad y de disponibilidad. Por otro, ya que nuestra jurisprudencia también evita su aplicación por razones de naturaleza cualitativa. Y, finalmente, ya que la moderna Ley de Ordenación del Comercio Minorista⁽²⁵⁾ permite en determinados supuestos rectificar las anotaciones de cargo efectuadas por razón de compra con tarjeta.

1. Excepciones de índole cuantitativa

Dos son las modificaciones sobre la regla general de responsabilidad que han de examinarse. La primera son los denominados *límites de responsabilidad*, la segunda, los llamados *límites de disponibilidad*.

A) Límites de responsabilidad

Al objeto de limitar las pérdidas económicas asociadas a la utilización no autorizada de las tarjetas antes de efectuar la comunicación de anulación, las entidades emisoras han introducido un remedio jurídico: el establecimiento de un límite de responsabilidad que opera a modo de franquicia en beneficio del cliente⁽²⁶⁾. La primera iniciativa en este sentido, aunque sin fuerza normativa vinculante por razón del instrumento empleado, fue la llevada a término por la

(24) V., indicando el derecho de repetición de la entidad de crédito sobre la entidad franquiciadora de la marca y, en su caso, sobre los establecimientos comerciales, la SAP de Castellón (Sec. 1.ª) de 26 de octubre de 1998 [Ar. Civ. 2131/1998], y condenando solidariamente al emisor de la tarjeta y a la entidad de franquicia debido a que “*el control de avisos no funcionó*”, la SAP de Barcelona (Sec. 11.ª) de 20 de octubre de 1995 [618 RGD 1996, p. 2613].

(25) *Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista* [BOE n.º 15, de 17 de enero de 1996] (LOCM).

(26) No cabe duda que el establecimiento de este límite de responsabilidad también es beneficioso para las entidades emisoras ya que, al ofrecer más seguridad a los clientes, potencia la utilización de las tarjetas.

Comunidad Europea en el artículo 8.3 de la Recomendación CEE 1988⁽²⁷⁾ al invitar a los emisores de instrumentos de pago a adoptar las medidas necesarias para que el titular de la tarjeta sólo respondiese “*hasta el momento de la notificación*” por la cuantía económica sufrida derivada de “*pérdida, robo o falsificación del instrumento de pago (...) hasta el equivalente de 150 ecus*”⁽²⁸⁾ en cada caso, *excepto cuando haya actuado con grave negligencia o fraudulentamente*”⁽²⁹⁾. Esta iniciativa, cuya finalidad ha querido asociarse a la protección de los consumidores pese a que la Recomendación no limite a éstos su ámbito de vigencia⁽³⁰⁾, fue recogida por los operadores del sector profesional bancario en su *Código de buena conducta de la banca europea respecto a los sistemas de pago mediante tarjeta* ⁽³¹⁾ al reconocer, en su norma 3.12, que “*el tenedor pagará dichas pérdidas* (se refiere a las ocasionadas hasta el momento de la notificación al emisor por cualquier “*pérdida, robo o copia de la tarjeta*”) *hasta un importe límite de 150 ecus*”⁽³²⁾ (esto es: euros), *excepto cuando haya actuado de forma fraudulenta, a sabiendas o haya cometido negligencia grave, o no haya*

(27) V., en breve comentario, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “La armonización comunitaria de los sistemas de pago electrónicos (tarjetas)”, 58 Noticias CEE 1989, p. 39 y ss., y DÍAZ CREMADES, M.P.: “Comentario a la recomendación de la Comisión de 17 de noviembre de 1988 relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas”, 60 Noticias CEE 1990, p. 45 y ss.

(28) Es decir, 150 euros después del *Reglamento (CE) 1103/97 del Consejo de 17 de junio de 1997, sobre determinadas disposiciones relativas a la introducción del euro* [DOCE L n.º 162, de 19 de junio de 1997], equivalentes a 24.958 pesetas.

(29) V. al respecto la noticia de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Recomendación relativa a los sistemas de pago y tarjetas de crédito”, 32 RDBB 1988, pp. 942 y ss.

(30) V. entre quienes sostienen esa asociación, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE: “Recomendación...”, espec. p. 942, o CARBONEL PINTANEL: *La protección del consumidor*, espec. p. 322.

(31) V. sin expresar un límite concreto de responsabilidad, la *Declaración de las tres federaciones* (esto es: Confederación bancaria de la CEE, Grupo de Cajas de Ahorros de la CEE y Grupo de Bancos cooperativos de la CEE) *relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas* en el número 36 de la RDBB 1989, p. 817 y ss. y, en breve comentario, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Proyecto de Código bancario relacionado con los sistemas de pago electrónico”, 37 RDBB 1990, p. 211 y ss. V., por último, su texto final (que expresa el límite de 150 ecus) en el anexo de la *Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España* de 1992.

(32) Sin embargo ha de tenerse presente que el propio Código de Buena Conducta establece una primera salvedad para las “*tarjetas de alto valor*”. En estos casos, la nota n.º 3 del citado Código permite incluir límites de responsabilidad más altos que, en nuestra opinión, sólo podrán aplicarse a esta modalidad especial de tarjetas (*de alto valor*) cuando se hayan establecido contractualmente.

cumplido con la cláusula 6.a), b) y c) del presente Código”⁽³³⁾. Finalmente, y ya en 1997, la Comunidad Europea ha dictado una segunda Recomendación sobre esta materia⁽³⁴⁾ donde, de nuevo, ha invitado a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para que “*hasta el momento de la notificación*” el titular asuma los daños que resulten de la pérdida o del robo de su instrumento electrónico de pago “*hasta un determinado límite, que no excederá de 150 ecus (esto es: euros)*” salvo que el titular “*haya actuado con negligencia grave, infringiendo lo dispuesto en las letras a), b) o c) del artículo 5*”⁽³⁵⁾, o de forma fraudulenta, en cuyo caso no se aplicará dicho límite”⁽³⁶⁾.

Si bien ambas Recomendaciones de la Comunidad no tienen fuerza vinculante para sus destinatarios, no es menos cierto que la aprobación del Código de

(33) El apartado a) indica la obligación del tenedor de la tarjeta de tomar las medidas razonables para salvaguardar tanto la tarjeta como los medios que le permitan hacer uso de ella (tales como el número de identificación personal u otro código). Por su parte, el apartado b) establece la prohibición de que el tenedor de la tarjeta escriba, de forma inteligible o accesible para un tercero, el número de identificación u otro código similar, y asimismo prohíbe que el tenedor escriba dichos códigos en la tarjeta o en cualquier otro objeto que habitualmente guarde o utilice con la misma. Finalmente, el apartado c) señala el deber del tenedor de la tarjeta de notificar al emisor, sin dilación alguna desde el momento de su comprobación, las siguientes circunstancias: en *primer lugar*, la pérdida, el robo o la copia de la tarjeta o de los medios que le habiliten para usarla; en *segundo lugar*, el registro en la cuenta del tenedor de la tarjeta de cualquier transacción no autorizada; y en *tercer lugar*, cualquier error o irregularidad en el mantenimiento de dicha cuenta por parte del emisor. Se añade que el tenedor de la tarjeta tiene la obligación de tomar las medidas necesarias que le hagan darse cuenta de las circunstancias descritas.

(34) V. un breve resumen en GÓMEZ MENDOZA, M.: “Recomendación de la UE 97/489, de 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos”, 69 RDBB 1988, p. 250 y ss.; y, más extensamente, BARUTEL MANAUT, C.: “La recomendación 97/489 de la Comisión de la Unión Europea (UE). Novedades que incorpora”, 666 RGD 2000, p. 1903 y ss.

(35) Estas letras se refieren a diversas obligaciones que pesan sobre el titular. Concretamente, la primera indica que éste “*utilizará el instrumento electrónico de pago en las condiciones aplicables a la emisión y utilización de tales instrumentos; en particular tomará todas las medidas adecuadas para garantizar la seguridad del instrumento electrónico de pago y de los medios (número de identificación personal u otro código) que permitan su utilización*”; la letra b) señala que también “*notificará sin demora al emisor (o a la entidad especificada por éste) en cuanto tenga conocimiento de ello: —la pérdida o robo del instrumento electrónico de pago o de los medios que permitan su utilización, —el registro en su cuenta de cualquier transacción no autorizada, (o) —cualquier error u otra anomalía en la gestión de su cuenta por parte del emisor*”; y la letra c) exige que “*el titular no anotará su número de identificación personal u otro código de forma fácilmente reconocible, especialmente en el instrumento electrónico de pago o en cualquier objeto que guarde o que lleve junto con el mismo*”.

(36) Artículo 6.1 de la Recomendación CE 1997.

conducta antes citado debe calificarse de norma autoimpuesta que, por tanto, obliga a las tres asociaciones europeas que lo suscribieron y, lógicamente, a todas las asociaciones nacionales que las integran. Bajo este punto de vista debe concluirse que todas las entidades de crédito integradas en las tres asociaciones profesionales españolas (esto es: la *Asociación Española de Banca*, la *Confederación Española de Cajas de Ahorro* y la *Unión Nacional de Cooperativas de Crédito*) han asumido voluntariamente su redactado y, por tanto, quedan vinculadas por dicho límite⁽³⁷⁾. También ha de tenerse presente la posibilidad de que dicho límite de responsabilidad haya sido expresamente incluido en el contrato de emisión de la tarjeta⁽³⁸⁾. En estos casos, y como es lógico, su fuerza vinculante derivará del contrato y, en tanto que cláusula pactada, debe ser respetada por la entidad emisora⁽³⁹⁾.

Dos son las cuestiones que deben exponerse en torno a lo dicho. La primera es resolver los casos en que el límite pactado en el contrato sea superior al establecido en el *Código de conducta* y, la segunda, la relativa al alcance de la expresión “*hasta un importe límite de 150 ecus*”. En lo que atañe a la primera nos parece claro que el límite aplicable en caso de discordancia entre la cifra pactada contractualmente y la establecida en el *Código* debe resolverse en favor de ésta última (es decir: 150 euros) ya que dicha cláusula restrictiva puede calificarse como abusiva (arg. artículo 10 bis.1 y Disposición adicional primera LGDCU) y perjudicial para los intereses del consumidor⁽⁴⁰⁾. En lo que respecta a la segunda cuestión, se trata de discernir si la cantidad máxima de 150 euros (u otra inferior expresada en el contrato) actúa en cada operación ilícita o, por el contrario, dicha cifra es un máximo aplicable independiente del número de operaciones irregulares realizadas y, por tanto, sólo sujeto al estándar de dili-

(37) V. también en este sentido, BARUTEL MANAUT, C.: *Las tarjetas de pago y crédito*, Bosch, Barcelona, 1997, espec. pp. 193-194.

(38) De hecho, el SRBE ha indicado en diversas ocasiones que la omisión de dicho límite en los contratos debe calificarse de mala práctica bancaria. V. p.ej. las diversas Res. citadas en la *Memoria* de 1998, espec. p. 91.

(39) V. la SAP de Asturias (Sec. 4.ª) de 8 de mayo de 1998 (Ar. Civ. 1143/1998), y la SAP de Toledo (Sec. 1.ª) de 1 de julio de 1999 (AC 2000-2, @ 465), aplicando a la entidad emisora de la tarjeta el límite de responsabilidad pactado en el contrato. Por su parte, el SRBE ha señalado en múltiples ocasiones que constituye una mala práctica bancaria que la entidad emisora de la tarjeta no aplique el límite de responsabilidad previsto en el contrato. V. p.ej. las Res. reseñadas en la *Memoria* 1997, espec. pp. 88-89.

(40) Todo esto sea dicho sin perjuicio de la existencia de un seguro que cubra la responsabilidad de la entidad por encima de dicho límite económico [v., haciendo referencia a la posibilidad de cobertura, FERNÁNDEZ-ARMESTO, J. y DE CARLOS BERTRÁN, L.: *El derecho del mercado financiero*, Civitas, Madrid, 1992, espec. pp. 264-265; o BARUTEL MANAUT: *Las tarjetas de pago y crédito*, espec. p. 483].

gencia exigible a su titular. A nuestro juicio ⁽⁴¹⁾, la cuantía de responsabilidad debe entenderse en este último sentido y, por tanto, dicha cantidad es la cifra máxima de responsabilidad exigible al cliente siempre que, claro está, hubiera actuado conforme a la diligencia exigible, es decir, sin actuar “*de forma fraudulenta, a sabiendas o (con) negligencia grave, o no haya cumplido con la cláusula 6.a), b) y c) del presente Código*”. Aclarado lo anterior sólo resta por dilucidar qué debe entenderse por negligencia grave. Al respecto parece evidente que esta cuestión solo podrá resolverse caso a caso, sin perjuicio de recurrir a los supuestos contenidos en las letras a), b) y c) del artículo 6 del Código de Buena Conducta como ejemplos de práctica contraria a esa diligencia exigible y modular dichas reglas atendiendo a si el uso ilícito se llevó a cabo en un cajero automático o frente a una persona física ⁽⁴²⁾. De la misma forma ha de advertirse que el retardo injustificado en comunicar la pérdida o sustracción de la tarjeta puede llegar a considerarse como una conducta negligente que, por tanto, desactiva el repetido límite de responsabilidad ⁽⁴³⁾.

B) Límite de disponibilidad

Junto a lo dicho también ha de tenerse presente que las tarjetas, ya sean de crédito o de débito, acostumbran a estar gravadas con un límite de disponibilidad económica diario, semanal y, en la mayor parte de las ocasiones, también mensual. Este límite, que tiene naturaleza contractual y se establece en el con-

⁽⁴¹⁾ Así también, CARBONEL PINTANEL: *La protección del consumidor*, espec. p. 323, y BARUTEL MANAUT: *Las tarjetas de pago y crédito*, espec. pp. 483-484.

⁽⁴²⁾ De esta forma, y siempre que pueda probarse, deberá concluirse que es una conducta negligente el anotar el número de identificación personal en la propia tarjeta o en un documento que se almacene junto a la misma.

⁽⁴³⁾ Sobre esta materia no cabe establecer una regla general ya que si bien es posible encontrar decisiones que consideran que el retraso de 38 días en comunicar a la entidad emisora la sustracción “*no se considera de la suficiente entidad para generar responsabilidad en el titular de la tarjeta*” [SAP de Baleares (Sec. 5.^ª) de 26 de febrero de 1997 (AC 1997-3, @1115)], también es cierto que otras consideran diligente la comunicación efectuada “*el primer día hábil siguiente a aquél en que se verificó la sustracción*” (SAP de Bilbao de 19 de diciembre de 1986 [La Ley 1987-2, p. 252]), mientras que en otras se ha apreciado la negligencia al haber transcurrido 1 mes y 12 días desde la sustracción [SAP de Barcelona (Sec. 12.^ª) de 14 de mayo de 1993 (La Llei 1993-2, p. 451), 44 días [SAP de Barcelona (Sec. 16.^ª) de 14 de septiembre de 1990 (558 RGD 1991, p. 1811)], más de tres meses [SAP de Málaga (Sec. 4.^ª) de 9 de septiembre de 1994 (AC 1995-1, @387)], más de 10 días [SAP de Barcelona (Sec. 17.^ª) de 4 de noviembre de 1997 (646/647 RGD 1998, p. 10088)] o, en fin, 5 días desde su extravío o sustracción [SAP de Barcelona (Sec. 17.^ª) de 25 de enero de 1999 (RJC 1999, p. 417)].

trato de cada tarjeta⁽⁴⁴⁾, opera a modo de frontera económica estableciendo la cantidad máxima de la que puede disponer el titular en dichos periodos⁽⁴⁵⁾. Así vistas las cosas es claro que el límite de disponibilidad es, en cierta forma, una garantía para el cliente ya que le asegura que durante cada uno de esos periodos de tiempo no podrán realizarse cargos por encima de la cantidad pactada⁽⁴⁶⁾.

Aunque es poco frecuente, puede darse el caso de que el límite de disponibilidad sea inferior al límite de responsabilidad. En estos casos el titular sólo responderá hasta la cifra del límite de disponibilidad y no del de responsabilidad antes visto. La razón es sencilla: la entidad emisora no debe autorizar cargos por encima de la cifra pactada con el cliente, y esto con independencia de la negligencia en que puede haber incurrido el titular de la tarjeta o, incluso, de la misma existencia del límite de responsabilidad de 150 euros⁽⁴⁷⁾. También es posible imaginar que el límite de disponibilidad es superior a esta última cifra de responsabilidad. Los cargos derivados del uso no autorizado en estos casos correrán a cargo del titular hasta el repetido límite de responsabilidad de 150 euros salvedad hecha, claro está, de que el cliente hubiera actuado con negligencia. Sin embargo es necesario realizar una última precisión: aun en los casos de inaplicación de este límite de responsabilidad por causa de negligencia, el límite de disponibilidad siempre actuará como cifra máxima de responsabilidad del titular⁽⁴⁸⁾.

(44) V. las Res. n.º 1057/89 [*Memoria* 1990, p. 48] n.º 330/90 y n.º 2168/90 [*Memoria* 1991, pp. 48-49], y n.º 2373/94 [*Memoria* 1995, p. 90].

(45) Este límite, claro está, puede ser modificado de mutuo acuerdo entre el titular y la entidad emisora por lo que, como repite el SRBE, constituye una mala práctica bancaria que la entidad lo altere *motu proprio* (v. Res. n.º 1564/1989 y n.º 1672/1989 [*Memoria* 1990, p. 49]; Res. n.º 2650/1989 [*Memoria* 1990, pp. 50-51] o Res. n.º 798/90 [*Memoria* 1991, p. 49]).

(46) V., indicando esta función de “*medio de control de la cantidad disponible por parte del titular (...) en cuanto asegura la indisponibilidad por cantidad superior*”, la SAP de Barcelona (Sec. 16.ª) de 14 de septiembre de 1990 [558 RGD 1991, p. 1811].

(47) De hecho la SAP de Barcelona (Sec. 16.ª) de 14 de septiembre de 1990 [558 RGD 1991, p. 1811] consideró que las disposiciones por encima del límite de disponibilidad, aun mediando un retraso injustificado del cliente de más de un mes en comunicar su sustracción, corrían a cargo de la entidad emisora ya que ese límite obliga a la entidad emisora “*a extremar las cautelas e impedir si no es con una mayor segurización (sic), una disposición que excede del tope pactado, por lo cual sin duda alguna en los casos en que los cargos se han realizado por un tercero indebidamente, es aquella la obligada a responder de los mismos*”.

(48) Una vez más la razón es clara: la negligencia del titular sólo opera respecto de la aplicación (*rectius*: inaplicación) del límite de responsabilidad y nada tiene que ver con el límite de disponibilidad. Éste se constituye en un máximo que opera en cualquier caso, tanto para disposiciones autorizadas como para las ilícitas.

2. Excepciones de índole cualitativa

Las anteriores causas de alteración de la regla general de responsabilidad no son las únicas. Junto a ellas también es posible reconocer que nuestra jurisprudencia atiende a un nuevo factor: el grado de diligencia observado tanto por el titular de la tarjeta como por los establecimientos que aceptaron los pagos no autorizados. Nos explicaremos. En diversas ocasiones nuestros Tribunales han liberado parcialmente de responsabilidad a los titulares de tarjetas usadas sin su autorización en virtud de la falta de diligencia del personal del establecimiento comercial que aceptó el pago con dicho instrumento. La regla pacífica en esta materia es que el personal del establecimiento comercial⁽⁴⁹⁾ soporta la obligación de verificar que el portador de la tarjeta sea su titular legítimo⁽⁵⁰⁾ mediante la comprobación de firmas y, caso de ser necesario, a través de la verificación de su identidad⁽⁵¹⁾.

Es por ello que nuestra jurisprudencia, tratándose de tarjetas comerciales, entiende que si el establecimiento comercial incurre en negligencia (p.ej. al no haber comprobado la firma, no pedir la exhibición de documentación acreditativa de la identidad cuando existan firmas dispares⁽⁵²⁾, etc.), debe soportar las consecuencias económicas salvo que, claro está, se aprecie culpa concurrente del titular de la tarjeta (p.ej. al no comunicar en un plazo razonable su sustrac-

(49) Esta regla puede extenderse a otros establecimientos (p.ej.: bancarios), pese a que la práctica demuestra que este supuesto no es muy usual.

(50) V. entre otras, la SAP de Barcelona (Sec. 12.ª) de 14 de mayo de 1993 [La Llei 1993-2, p. 451], e *idem* (Sec. 11.ª) de 20 de octubre de 1995 [618 RGD 1996, p. 2613]; la SAP de Baleares (Sec. 5.ª) de 26 de febrero de 1997 [AC 1997-3, @1115]; y, por acabar, la SAP de Málaga (Sec. 4.ª) de 26 de noviembre de 1997 [AC 1998-2, @273].

(51) V. la SAP de Bilbao de 19 de diciembre de 1986 [La Ley 1987-2, p. 252], donde se dice que la entidad comercial está, en todo caso, obligada a “*comprobar la identidad entre la firma obrante en la tarjeta y la firma extendida en las correspondientes facturas y, en segundo lugar, cuando menos siempre que exista una cierta diferencia entre unas y otras, a solicitar la identificación, mediante la exhibición del DNI del titular de la misma*”; o, en sentido idéntico, la SAP de Barcelona (Sec. 16.ª) de 14 de septiembre de 1990 [558 RGD 1991, p. 1811]. En la doctrina, v. VALLADARES RASCÓN, E.: “La responsabilidad del titular de una tarjeta de crédito en caso de sustracción de la misma”, 6 *Poder Judicial* 1987, p. 95 y ss., espec. p. 98, quien considera abusiva la cláusula que exonera al establecimiento comercial emisor de la tarjeta de comprobar las firmas.

(52) V. considerando que el establecimiento es negligente al no haber comprobado la identidad del comprador en un caso en que la disparidad entre las firmas era manifiesta, la SAP de Bilbao de 19 de diciembre de 1986 [La Ley 1987-2, p. 252]; e *idem*, para una tarjeta bancaria, SAP de Málaga (Sec. 4.ª) de 26 de noviembre de 1997 [AC 1998-2, @273].

ción, etc.), en cuyo caso deberá distribuirse la pérdida entre ambos⁽⁵³⁾ o, por supuesto, cuando la falta de diligencia sea exclusiva del titular⁽⁵⁴⁾. Otras decisiones dan un paso más y alteran la regla general de responsabilidad por razones diversas. La sentencia de la sección 1.ª de la Audiencia de Castellón de 26 de octubre de 1998⁽⁵⁵⁾ es uno de estos supuestos, ya que en este caso el Tribunal distribuyó la responsabilidad entre el cliente negligente y la entidad de crédito emisora considerando responsable a esta última por un hecho externo a su actuación: que los establecimientos comerciales adheridos no comprobaron la identidad del portador de la tarjeta. O, en fin, otro caso particular de exoneración de responsabilidad del titular es el recogido en la sentencia de la Sección 5.ª de la Audiencia de Baleares, de 26 de febrero de 1997⁽⁵⁶⁾, ya que en este caso el Tribunal aplicó analógicamente el artículo 156 de la LCyCh⁽⁵⁷⁾ y, tras considerar la inexistencia de negligencia por parte del titular, le absuelve de la demanda planteada por la entidad de crédito.

3. Excepción instrumental

Recientemente la LOCM ha introducido una nueva excepción a la regla general⁽⁵⁸⁾. Nos referimos a la establecida en su artículo 46.1 por la que “*cuan-do el importe de una compra*⁽⁵⁹⁾ *hubiese sido cargado utilizando el número de*

(53) Nuestra jurisprudencia acostumbra a distribuir por mitades dicha responsabilidad. V. así, la SAP de Barcelona (Sec. 12.ª) de 14 de mayo de 1993 [La Llei 1993-2, p. 451], e *idem* (Sec. 17.ª) de 4 de noviembre de 1997 [646/647 RGD 1998, p. 10088], revocando otra distribución hecha en instancia.

(54) Aquí puede citarse la SAP de Barcelona (Sec. 16.ª) de 14 de septiembre de 1990 [558 RGD 1991, p. 1811], donde concurría una falsedad de firma de difícil detección con el hecho de que el titular de la tarjeta tardó más de cuarenta días en comunicar la sustracción de la misma.

(55) Ar. Civ. 2131/1998.

(56) AC 1997-3, @1115.

(57) *Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque* [BOE n.º 172, de 19 de julio de 1985]. V. en comentario, FARRANDO MIGUEL, I.: “El pago de cheques falsos o falsificados. Examen del artículo 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque”, AC 1999-2, p. 465 y ss.

(58) Inspirada en el artículo 8 de la *Directiva 97/7/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia* (DOCE L, n.º 144, de 4 de junio de 1997).

(59) Si bien no responde a la lógica, del texto de la LOCM puede deducirse que este derecho de anulación queda limitado a las adquisiciones de bienes y no a las de servicios.

una tarjeta de crédito⁽⁶⁰⁾, sin que ésta hubiese sido presentada directamente o identificada electrónicamente, su titular podrá exigir la inmediata anulación del cargo⁽⁶¹⁾” a la entidad domiciliataria⁽⁶²⁾ y, por tanto, será el establecimiento vendedor quien soportará el perjuicio del uso no autorizado de la misma⁽⁶³⁾. Caso de que el titular ejerciese indebidamente este derecho de anulación, continúa el artículo 46.2 LOCM, “quedará obligado frente al vendedor al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación”.

IV. RECAPITULACIÓN

La distribución del perjuicio económico derivado de la utilización ilícita de las tarjetas se acomoda a una regla general y una triple especialidad. Aquélla puede formularse como sigue: el cliente debe asumir todos los cargos derivados del uso no autorizado de su tarjeta siempre que éstos se efectúen con anteriori-

(60) Pese al tenor de la norma es común extender sus efectos a las restantes tarjetas, ya sean de débito ya comerciales. V. p.ej. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “(comentario al) artículo 46” en p. 727 y ss. de los *Comentarios a las Leyes de ordenación del comercio minorista* (coord.: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y J. LEGUINA VILLA), Civitas Madrid, 1997, espec. p. 729; REVERTE NAVARRO, A.: (comentario al) artículo 46”, en p. 580 y ss. de Régimen jurídico general del comercio minorista (Coord.: F.J. ALONSO ESPINOSA, J.A. LÓPEZ PELLICER, J. MASSAGUER FUENTES y A. REVERTE NAVARRO), McGraw-Hill, Madrid, 1999, espec. pp. 581-582; MARÍN LÓPEZ, J.J.: “(comentario al) artículo 46”, en p. 338 y ss. de *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero* (coord.: ARIMANY, MANUBENS y ASOCIADOS), Praxis, Barcelona, 1996, espec. pp. 340-341; RAMOS HERRANZ, I.: “Tarjetas electrónicas: problemas de nuevo cuño y continuidad de los de corte clásico”, en p. 417 y ss. de *Cuadernos de Derecho Judicial. Contratos Mercantiles Especiales* (dir.: A. VILLAGÓMEZ), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, espec. p. 457; o BOTANA GARCÍA, G.: “Los contratos a distancia y la protección de los consumidores”, 46 *Estudios sobre Consumo* 1998, pp. 61 y ss., espec. p. 78.

(61) Pese a que nada se diga sobre el plazo de tiempo en que debe ejercerse este derecho, parece razonable sostener que la comunicación exigiendo la anulación del cargo deberá realizarse con la máxima brevedad.

(62) No existe doctrina segura sobre quién es el destinatario de dicha orden de anulación. Para unos, como BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: “(comentario al) artículo 46”, espec. p. 729, la obligación la soporta el vendedor. Para otros, como por ejemplo RAMOS HERRANZ: “Tarjetas electrónicas...”, espec. p. 458, son las entidades intervinientes en el abono y cargo del importe de la compraventa realizados en la cuenta asociada a la tarjeta las que procederán normalmente al adeudo y abono tras la anulación.

(63) V. PASQUAU LIAÑO, M.: “(comentario al) artículo 46”, en p. 351 y ss. de *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria* (coord.: J.L. PIÑAR MAÑAS y E. BELTRÁN SÁNCHEZ), Civitas, Madrid, 1997, espec. p. 353; o BOTANA GARCÍA: “Los contratos a distancia...”, espec. p. 78.

dad a la solicitud de su bloqueo; una vez realizada esta notificación, será la entidad emisora quien correrá con los mismos. Las excepciones a esta regla son tres. *Uno*, las derivadas de la existencia de límites de responsabilidad (150 euros) y, en su caso, de disponibilidad de la tarjeta; *dos*, la necesidad de tener en cuenta el grado de diligencia desarrollado por las partes; y *tres*, las particularidades que ha incorporado el artículo 46.1 LOCM.

LOS CONTRATOS COMO HERRAMIENTA PARA MITIGAR EL RIESGO EN PROJECT FINANCE

MARTA AZPITARTE MELERO

Abogado en Baker & M Kenzie, Madrid

SUMARIO

- I. PROJECT FINANCE.
 - II. LOS CONTRATOS EN PROJECT FINANCE.
 - 1. **Petición de oferta.**
 - 2. **El contrato de concesión.**
 - 3. **Acuerdos de accionistas.**
 - 4. **El contrato de construcción.**
 - 5. **Contratos de operación y mantenimiento.**
 - 6. **Contratos de suministro.**
 - 7. **Contratos de venta.**
 - A) *Acuerdos Pass through.*
 - B) *Acuerdos Toma-o-Paga (Take or pay).*
 - 8. **Contrato de préstamo.**
 - 9. **Contratos de garantía (*Security agreements*).**
 - 10. **Contratos de seguros.**
 - 11. **Instrumentos financieros derivados (*Hedging*).**
-

I. PROJECT FINANCE

Se han dado numerosas definiciones de *project finance* y otras figuras relacionadas como la financiación estructurada. Una definición genérica puede ser: La financiación de un proyecto de desarrollo o explotación de un derecho, recurso natural, instalación u otro activo, en la cual la mayor parte de la financiación se hace mediante préstamo que debe ser devuelto mediante los flujos de caja del proyecto, sin hacer recurso (o con recurso limitado) a los promotores del proyecto.

En este artículo nos vamos a centrar en la discusión de la utilización de los contratos como medio para controlar y mitigar los riesgos del *project finance*, y no vamos a tratar los fundamentos, estructura, características, ventajas e inconvenientes del *project finance*. Estos fundamentos pueden consultarse en numerosos libros y artículos. Entre los publicados en España pueden citarse: El libro *Project Finance* de Pérez de Herrasti⁽¹⁾, un cuaderno publicado por el ICO en 1995, y los artículos de Garicano y Olmeda⁽²⁾, Brealey⁽³⁾ y Pobre Menguy⁽⁴⁾, que por otra parte suponen la mayor parte de lo poco publicado en castellano sobre este tema.

II. LOS CONTRATOS EN PROJECT FINANCE

Después de la crisis de finales de los años noventa en Asia e Hispanoamérica, la mayor parte de los analistas coinciden en señalar que las perspectivas del *project finance* son buenas. No obstante la pasada crisis ha resaltado, más aún si cabe, la importancia del análisis, asignación y reducción de riesgos en las transacciones de *project finance* en las que la redacción de contratos y acuerdos es fundamental.

El contrato fija la forma en la que los riesgos se distribuyen entre los distintos participantes. El proceso desde el borrador inicial hasta la aprobación final

(1) Ignacio PÉREZ DE HERRASTI Y DE GOYENECHÉ, *Project Finance*, Ediciones 2010, 1997.

(2) Tomás GARICANO y Mariano OLMEDA SARRIÓN, *El "project finance" o financiación de proyectos*, Harvard-Deusto, Finanzas&Contabilidad.

(3) Richard A. BREALEY, Ian A. COOPER y Michel A. HABIB, *"Project finance" para financiar inversiones en infraestructuras*, Harvard-Deusto, Finanzas&Contabilidad.

(4) Carlos POBRE MENGUY, "Project Finance", *Boletín Económico del ICE* nº 2618 del 24 de mayo al 6 de junio de 1999.

es generalmente largo y complicado. Como dice Hoffman⁽⁵⁾: “*Los participantes a veces consideran una transacción de project finance como un gigantesco puzzle que hay que colocar en la oscuridad. El número de contratos hace difícil asegurar que todas las piezas encajen*”. Los abogados deben realizar previamente un proceso de *due diligence* que incluye análisis de los posibles problemas (precios, retrasos, moneda, cumplimiento, asignación de riesgos, etc).

Los contratos en *project finance* se tratan en diversos libros y artículos especializados. Entre los libros se pueden mencionar los publicados por: Neil Cuthbert, Clifford Chance, James Fox, Scott L. Hoffman, John D. Finnerty, Pérez de Herrasti, Joseph Tanega & Pawan Sharma, Hugh Thompson, Graham Vinter, Philip Wood y Simon R. Workman. No obstante en muchos de estos libros los aspectos legales de los contratos se tratan de forma superficial. Se puede destacar, entre los anteriormente citados, el libro de Cuthbert⁽⁶⁾ por el tratamiento muy completo de los distintos tipos de contratos, y el publicado por Vinter⁽⁷⁾ por la profundidad de sus análisis.

El objetivo de este artículo no es cubrir en detalle los diferentes tipos de contratos, sino resaltar los principales aspectos de los contratos y otros documentos de un *project finance* relacionados con la asignación y reducción de riesgos.

1. Petición de oferta

En los proyectos tipo BOT el gobierno anfitrión (o alguno de sus organismos) emite la petición de oferta. La redacción de este documento puede llevar consigo riesgos tanto para el gobierno anfitrión como para la sociedad vehículo.

El gobierno anfitrión corre el riesgo de no elegir al mejor ofertante y por tanto puede no conseguir el mejor valor por su dinero. También existe el riesgo de que se presenten impugnaciones y reclamaciones por parte de los ofertantes no seleccionados (aunque esto no es muy frecuente, al menos en España). Para conseguir una oferta que satisfaga los requisitos del gobierno anfitrión, y que al mismo tiempo ofrezca soluciones conforme al mejor estado de la técnica, el pliego de prescripciones técnicas no debe ser muy general pero tampoco muy específico para no limitar las soluciones más creativas de los ofertantes.

(5) HOFFMAN, Scott L., *The Law and business of international project finance: A resource for Governments, Sponsors, Lenders, Lawyers, and Project Participants*, Kluwer Law International, 1998.

(6) Neil CUTHBERT, *Asset and project finance*, Londres, Sweet & Maxwell, 1997.

(7) Graham D. VINTER, *Project Finance*, Londres, Sweet & Maxwell, 1998.

Esto puede también ser útil para evitar que, en caso de problemas, el oferente se escude en que ha seguido al pie de la letra las especificaciones muy detalladas del pliego, y que por tanto no es responsable del incumplimiento de las garantías, negándose por tanto a hacer frente a las correcciones oportunas de los fallos o defectos o a pagar las penalizaciones que correspondan.

El contrato no debe concederse simplemente a la oferta más económica si las regulaciones existentes lo permiten. Es recomendable utilizar para la selección de la mejor oferta un sistema de puntuación que tenga en cuenta otros factores técnicos y económicos, del tipo del usado por el Banco Mundial.

Otro riesgo para el gobierno anfitrión es que el ofertante seleccionado no sea capaz de obtener la financiación necesaria y que el proyecto se paralice. Para evitar esta situación, el gobierno anfitrión puede solicitar a los ofertantes algún tipo de compromiso de financiación, antes de que se otorgue la concesión. El problema que plantea esta solución es que dicho compromiso supone un costo para los promotores, ya que los bancos tienen que hacer un trabajo de *due diligence* antes de firmar ningún tipo de compromiso.

Una solución intermedia es que los ofertantes presenten una carta de intención en la que el banco manifieste que ha hecho una cierta labor de *due diligence* y, que basado en ella está dispuesto a facilitar la financiación necesaria, pero que serán necesarios estudios complementarios para la concesión definitiva del préstamo.

Otro problema que suele plantearse es que el banco, antes de firmar acuerdo del préstamo, puede querer que se modifiquen aspectos importantes del contrato de concesión.

Desde el punto de vista de la sociedad vehículo existe el riesgo de tener que cumplir con garantías y obligaciones difíciles de satisfacer, impuestas en el contrato de concesión. Idealmente estos compromisos se deberían traspasar íntegramente a los contratistas (*back to back contracts*). Sin embargo, esto no siempre es fácil o posible, y en este caso las entidades prestamistas suelen insistir en que estas garantías sean proporcionadas por los promotores.

2. El contrato de concesión

En muchos proyectos, en particular en los proyectos BOT, el contrato o acuerdo de concesión es el contrato clave, ya que es el documento que permite a la sociedad vehículo explorar, explotar, desarrollar u operar, según corresponda, la concesión u otros derechos relevantes del proyecto. Este contrato establece el esquema básico para el proyecto y regula las relaciones entre el gobierno anfitrión y la sociedad vehículo. La importancia de este contrato radica, no solamente en el hecho de que trata muchos aspectos que pueden constituir riesgos para el proyecto, sino que de forma indirecta afecta también a otros partici-

pantes en el proyecto. Como ha escrito Fritz Nicklisch ⁽⁸⁾: “*En términos prácticos, sin embargo, el contrato también establece los principios de cooperación para los otros participantes principales en el proyecto, en particular las entidades prestamistas, el contratista principal, la compañía responsable de la operación de las instalaciones, los suministradores y los compradores*”.

Una cuestión importante que suele suscitarse en la redacción de este contrato es el deseo del organismo que otorga la concesión, de que el contrato tenga prioridad sobre el resto de contratos que puedan firmarse relacionados con el proyecto. Esto puede conseguirse de dos formas:

- Insertando una cláusula en todos los contratos relacionados con el proyecto y firmada por la sociedad vehículo, en la que se reconozca la prioridad del contrato de concesión.
- Exigiendo la aprobación del gobierno anfitrión en todos los documentos firmados por la sociedad vehículo. Esta solución puede requerir mucho tiempo y puede originar problemas a los funcionarios del gobierno anfitrión que no suelen estar familiarizados con la documentación legal de *project finance*.

Un riesgo que conviene considerar en este contrato es el posible otorgamiento de subsidios en el caso de que el proyecto no sea económicamente viable, aunque muchos gobiernos no ven esta posibilidad con buenos ojos, por las consecuencias políticas que puede tener.

En lo que se refiere a riesgos legales, políticos y de fuerza mayor, el gobierno anfitrión puede tomar la responsabilidad de asumirlos insertando una cláusula de *balance financiero*. Según esta cláusula en el caso en que alguno de estos riesgos se materializara, la sociedad vehículo sería puesta en la misma situación financiera que disfrutaba antes de que el riesgo hubiera tenido lugar.

Otra cuestión que puede presentar problemas es la posible terminación del acuerdo de concesión en caso de incumplimiento de la sociedad vehículo. En esta situación se plantea el tema del pago de compensación. El gobierno anfitrión suele mantener la postura de que representa la parte inocente y, que por tanto, no está dispuesto a pagar compensaciones. Además uno de los principales objetivos de los contratos BOT es evitar la utilización de fondos públicos para el proyecto.

Sin embargo, la terminación sin compensación puede ser impugnada en base a diferentes principios legales (expropiación sin compensación, enriqueci-

⁽⁸⁾ Dr. Fritz NICKLISCH, “The BOT model: The contractor’s role as builder-contract structure, risk allocation and risk management”, *International Construction Law Review*, 1992, p. 427.

miento injusto del gobierno que otorga la concesión, etc.), especialmente si el incumplimiento es de tipo menor. Por otra parte la finalización de la concesión sin compensación suele llevar consigo una mala imagen del gobierno para las entidades prestamistas, que podrían considerar muy alto su riesgo con ese gobierno para otros proyectos futuros.

En este contrato, el gobierno anfitrión puede aceptar también compromisos respecto a no ejercer competencia directa al proyecto, desarrollar infraestructuras necesarias, proveer energía y otros servicios, y prever posibles desarrollos legislativos que puedan ser necesarios para el proyecto.

Las entidades prestamistas por su parte se interesan normalmente por la forma en que la concesión les puede ser asignada, en el caso de que sea necesario por problemas en el desarrollo u operación del proyecto.

3. Acuerdos de accionistas

Estos acuerdos contemplan determinados riesgos para los accionistas y la forma en la que deben ser tratados dichos riesgos. Se puede presentar el hecho de que algunos de los accionistas realicen una competencia indebida al proyecto (participando por ejemplo en proyectos similares). También pueden presentarse riesgos de abuso cuando uno de los accionistas tiene un contrato (por ejemplo de construcción, operación, mantenimiento o venta) con la sociedad vehículo. El acuerdo de accionistas debe especificar las normas que regulen la relación entre los accionistas en caso de conflicto de intereses. Otra cuestión que puede presentarse es la relativa a la solvencia de los accionistas. Si algunos de ellos no están satisfechos con la credibilidad financiera de otro de los accionistas, puede ser necesaria una garantía bancaria o carta de crédito.

4. El contrato de construcción

El contrato de construcción es muy importante por su elevado coste, por la gran cantidad de riesgos que pueden presentarse durante la etapa de construcción y por la dificultad de asignarlos y mitigarlos. Existen una serie de modelos estándar para este contrato utilizados en la industria de la construcción, pero ninguno de ellos es susceptible de ser utilizado en una transacción de *project finance* sin modificarlo adecuadamente, ya que estos modelos están basados en una distribución balanceada del riesgo, y en el contrato de construcción típico de un *project finance* la mayor parte de los riesgos recaen en el contratista principal. Probablemente uno de los modelos que mejor podría ser utilizado como base es el *Orange Book* publicado por FIDIC.

El tipo de contrato más utilizado es el llave en mano, en el cual un contratista general asume todo el riesgo de que el proyecto se finalice en el plazo previsto, y con los rendimientos especificados.

Si las responsabilidades de la construcción se acometen por uno de los promotores, las entidades prestamistas querrán asegurarse de su capacidad técnica y recursos para ejecutar el proyecto.

La estructura en la que una empresa de *project management* prepara y gestiona los contratos con los contratistas individuales no gusta demasiado a los bancos, que se inclinan claramente por el contrato llave en mano. Una de las razones por la que este tipo de contrato es el preferido por las entidades financieras es porque reduce la probabilidad de reclamaciones entre los diferentes contratistas y la existencia de responsabilidades no asignadas o solapadas.

Algunas de las cuestiones más importantes en relación con los riesgos para el proyecto y que se suelen incluir en el contrato de construcción son las siguientes:

- *Diseño*: En los proyectos internacionales importantes lo normal son contratos para diseño y construcción, en los que el contratista es responsable también del diseño del proyecto. Las obligaciones de diseño pueden ser del tipo “adecuado para el propósito” (*fitness for purpose*), o de un nivel inferior de exigencia de “razonable capacidad y cuidado” (*reasonable skill and care*). Este segundo nivel de exigencia solo da a la sociedad vehículo el derecho a reclamar contra negligencia. En el caso de que existan licencias o know-how especial a utilizar en el proyecto, deben incluirse también en el contrato.
- *Precio Fijo*: La práctica generalizada es la de exigir un precio fijo por los trabajos. Sin embargo este precio puede aumentarse en el caso de que se materialicen riesgos que hayan sido previamente asumidos por la sociedad vehículo, los promotores o el gobierno anfitrión. Entre estos riesgos se pueden mencionar: riesgo de condiciones imprevistas del terreno, riesgo de cambio en la legislación que afecta al proyecto, etc.
- *Fecha fija de terminación de la construcción*: Siempre se especifica una fecha fija de terminación de los trabajos que además es necesaria para calcular las penalizaciones en caso de retrasos. Un retraso en la fecha de terminación puede acordarse en las situaciones de fuerza mayor, cuando el riesgo haya recaído en la sociedad vehículo.
- *Pruebas de aceptación provisional*: Se pueden distinguir dos tipos de pruebas: mecánicas cuando toda la planta y equipo han sido instalados, con la excepción de elementos menores y pruebas de rendimiento, que tienen lugar cuando la planta ya ha sido puesta en marcha y se pueden realizar las pruebas de funcionamiento y prestaciones.

Desde el punto de vista de los bancos la etapa más importante es la de las pruebas de rendimiento, ya que es cuando la planta puede demostrar su capacidad para generar flujos de caja de acuerdo a los estudios de

viabilidad, que permitan devolver el préstamo. La entrega de las instalaciones suele tener lugar cuando las pruebas de aceptación demuestran unos rendimientos mínimos. Si la planta o equipos no alcanzan el nivel garantizado de rendimientos normalmente, se deben pagar penalizaciones.

En algunos contratos, la fecha de finalización (a partir de la cual se deben pagar daños por retrasos) es la fecha de terminación mecánica. En este caso la sociedad vehículo debe obtener las protecciones adecuadas para el caso de que no se alcancen los rendimientos garantizados, cuando se hagan las pruebas de funcionamiento y rendimiento. Normalmente los asesores técnicos de las entidades financieras presencian las pruebas de aceptación y presentan su informe a dichas entidades antes de la aceptación provisional de las instalaciones. La aceptación definitiva de las instalaciones suele tener lugar al cabo de un período entre 6 meses y un año de duración desde la aceptación provisional.

- *Penalizaciones por retrasos en la construcción e incumplimiento de garantías de funcionamiento:* Idealmente estas penalizaciones deberían compensar en la medida de lo posible todas las pérdidas ocasionadas a la sociedad vehículo por estas causas. Desgraciadamente es difícil que estas penalizaciones cubran este alcance. Por esta razón las entidades prestamistas tratan a menudo de obtener una garantía de finalización por parte de los promotores (*completion guarantees*).
- *Terminación del contrato:* Aunque esta es una medida muy extrema, la sociedad vehículo puede verse obligada a utilizarla en determinados casos en los que el contratista no se muestra dispuesto a cooperar. Como ha escrito John Scriven⁽⁹⁾: “*La sociedad vehículo no estará muy dispuesta a terminar el contrato de construcción, cuando el contratista ha incumplido los plazos, y el banco probablemente compartirá este punto de vista. Sin embargo, cuando las penalizaciones están limitadas en importe y tiempo, el único remedio disponible para estimular el comportamiento del constructor puede ser mediante la terminación del contrato. Esto puede ser particularmente relevante cuando el sistema de pagos con neutralidad de caja («cash neutral payment system») reduce el interés del contratista para hacer progresar el proyecto»*”.
- *Sistema de pago:* El sistema usual de pagos en un contrato de construcción es mediante certificaciones, de acuerdo con el progreso del proyecto. Las entidades prestamistas a través de sus asesores técnicos tra-

⁽⁹⁾ John SCRIVEN, *A banking perspective on construction risks in BOT schemes*, International Construction Law, 1994, p. 326.

tan de asegurarse de que los pagos se hacen solamente contra el correspondiente contravalor de los trabajos realizados. Los contratistas normalmente tratan de optimizar su financiación, desplazando el mayor número de pagos posibles a las etapas iniciales del proyecto, de forma que además puedan cubrir sus costes en el caso de que el proyecto se cancele durante la construcción. Sin embargo, este desplazamiento de pagos puede ser un peligro evidente para la sociedad vehículo y las entidades prestamistas.

El contratista, por otra parte, puede pedir el pago por el sistema de neutralidad de caja (*cash neutrality*), que le permita satisfacer el pago a sus subcontratistas con los pagos recibidos de la sociedad vehículo. En la práctica esto puede suponer un pago adelantado sobre los trabajos realmente completados. La sociedad vehículo y las entidades prestamistas pueden aceptar esta forma de pago si el contratista ofrece las garantías o bonos adecuados.

- *Responsabilidad por defectos o vicios ocultos*: La responsabilidad del contratista por posibles defectos es también importante para las entidades prestamistas. En los sistemas civiles codificados existe normalmente un período (10 años en los sistemas legales español e italiano) en el que el contratista es responsable de los vicios ocultos.
- *Bonos y garantías*: Los bancos suelen exigir al contratista el suministro de bonos o garantías bancarias o de empresa de seguros, que soporten sus obligaciones bajo el contrato de construcción. Los bancos, por otra parte, pueden querer examinar la credibilidad y solvencia de las compañías que suministran las garantías.
- *Seguros*: Los seguros son un aspecto muy importante durante la construcción del proyecto. Las pólizas de seguro deben cubrir la interrupción de los trabajos, cualquier responsabilidad relacionada con muerte o daños personales y, protección a todo riesgo (*all risks*) de las instalaciones. Las entidades prestamistas generalmente desean que los seguros estén a nombre de la sociedad vehículo en lugar del contratista para tener un mejor control de la situación. Por ejemplo, en casos de pérdidas importantes, los bancos pueden querer que las indemnizaciones recibidas de las compañías aseguradoras se utilicen para devolver los préstamos en vez de continuar con el proyecto, punto de vista éste que no será compartido por los contratistas.
- *Resolución de disputas*: Los desacuerdos pueden resolverse mediante: tribunales, arbitraje o utilización de expertos o peritos. Las principales ventajas del arbitraje se considera que son la rapidez y el coste. Sin embargo un proceso de arbitraje largo puede ser tan costoso como un pleito ante los tribunales. La vía de utilización de expertos (*project*

arbitrators) independientes es cada vez más frecuente y a menudo participan desde el primer día del contrato. Están sujetos a escaso o ningún control por parte de los tribunales y sus decisiones se consideran inapelables por acuerdo entre las partes.

La selección de cada opción depende de las circunstancias. Por ejemplo, para una cuestión legal compleja, acudir a los tribunales es la opción aconsejable. Sin embargo, en una discusión en la que los aspectos tecnológicos sean importantes, la utilización del experto parece lo más recomendable. En cualquier caso, se sugiere que la vía para la resolución del contencioso sea la misma para los contratos de concesión y de construcción.

5. Contratos de operación y mantenimiento

La adecuada operación y mantenimiento de las instalaciones es fundamental para la generación de los flujos de caja, que permitan devolver el préstamo y asegurar la rentabilidad del proyecto. A pesar de esto, en muchas transacciones de *project finance* estos contratos son uno de los puntos débiles dentro del conjunto de contratos y acuerdos del proyecto, y solo se estudian cuando otros documentos han sido completamente examinados y negociados.

La operación y el mantenimiento pueden ser realizados por la propia sociedad vehículo, por alguno de los promotores, o por una tercera parte especializada. En cualquiera de los casos las entidades prestamistas querrán asegurarse de que se dispone de la experiencia y el personal necesario para el buen éxito de estas funciones.

Cuando la operación y el mantenimiento va a ser llevado a cabo por alguna empresa de los promotores, existe la tendencia a que los contratos no sean muy estrictos, en el entendimiento de que al ser los promotores parte de la sociedad vehículo, están directamente interesados en el buen funcionamiento de los servicios de operación y mantenimiento. No obstante, y para evitar conflictos de intereses, estos contratos deberían redactarse como si la operación fuera a ser llevada a cabo por una tercera parte completamente independiente.

Es conveniente que los borradores de estos contratos sean estudiados antes de su firma por los asesores técnicos de las entidades prestamistas, ya que generalmente contienen aspectos técnico-económicos que pueden no ser suficientemente conocidos por dichas entidades o por los promotores del proyecto. Los objetivos de los contratos de operación y mantenimiento incluyen:

- Asignar parte del riesgo de operación y mantenimiento a la empresa que realice estos trabajos, aislando en la medida de lo posible a la sociedad vehículo y a las entidades prestamistas de este riesgo. Dado que el importe de estos contratos es normalmente reducido en relación

con los ingresos y gastos totales del proyecto, es difícil que en determinadas situaciones, los riesgos que asume la empresa que presta los servicios cubran el lucro cesante de la sociedad vehículo, de ahí la gran importancia de seleccionar adecuadamente a la empresa que vaya a prestar estos servicios.

- Asegurar que las instalaciones se operen y mantengan dentro de los presupuestos acordados en el modelo económico, y maximizar la capacidad de generación de flujos de caja del proyecto.

Existen tres tipos de modelos para estos contratos:

1. *Modelo de precio fijo.* En este tipo de modelo la sociedad vehículo paga un coste fijo por la operación y mantenimiento (*O&M*) del proyecto. Si se producen extracostes son absorbidos por la empresa que desarrolla los servicios de *O&M*. Como consecuencia de esta estructura estos contratos suelen ser caros.
2. *Modelo cost plus.* En este modelo la sociedad vehículo paga unos honorarios fijos más los costes de *O&M*. Los honorarios representan el beneficio de la sociedad que opera y mantiene las instalaciones. Con esta estructura la sociedad vehículo asume el riesgo de que los costes operativos aumenten. En este tipo de contrato, la sociedad vehículo normalmente retiene el derecho de terminar el contrato en un plazo corto, si la empresa que presta los servicios no está operando de forma eficiente las instalaciones y cumpliendo presupuestos.
3. *Modelo de incentivos/penalizaciones.* Bajo esta estructura la empresa que presta los servicios de *O&M* recibe incentivos si mejora los objetivos base acordados y paga penalizaciones en el caso contrario. Los objetivos a cumplir, previamente acordados, se detallan en el contrato y se refieren a todos los aspectos principales de la operación y mantenimiento (*O&M*) del proyecto, de los que la empresa que presta los servicios va a ser responsable. Tanto los incentivos como las penalizaciones suelen tener valores máximos.

Las entidades prestamistas tienen preferencia por los modelos de incentivos/penalizaciones, ya que no solamente permiten aislar la sociedad vehículo de muchos riesgos de operación, sino que en principio ofrecen también las mejores perspectivas de que el proyecto sea operado de forma eficiente.

6. Contratos de suministro

Se trata de contratos para el suministro de materias primas, energía, gas, petróleo u otros productos que el proyecto puede requerir para sus operaciones.

Son muchos los riesgos asociados con este tipo de contrato y que deben contemplarse en el mismo. Entre ellos se pueden mencionar: riesgos de reservas, de transporte, de insolvencia del suministrador, de tener que buscar fuentes alternativas de suministro más caras, etc.

7. Contratos de venta

Estos contratos se realizan para la venta del producto o del servicio, una vez que la construcción y puesta en marcha han concluido y las instalaciones están funcionando.

En un *project finance* es muy importante que los ingresos procedentes de la venta del producto sean suficientes, para al menos devolver el préstamo y deseablemente generar un beneficio para los promotores, por lo que este contrato es muy importante para el proyecto. Existen básicamente dos tipos principales de contrato de venta: *Pass through* y *Take or pay*.

A) Acuerdos *Pass through*

La filosofía de este tipo de contrato es que la sociedad vehículo esté lo más aislada que sea posible de los riesgos del proyecto que deben pasar a su través y ser aceptados por el comprador. Esta es una estructura que se encuentra en algunos proyectos de energía. Típicamente, los costes que se pueden pasar al comprador incluyen los costes de combustible u otros servicios necesarios para el proyecto, devolución del principal de los préstamos y pago de intereses, costes de seguros, costes de operación y mantenimiento, costes administrativos y beneficio industrial.

Este tipo de contrato tiene el peligro de que la sociedad vehículo pierda el incentivo para ser eficiente. Una medida que se puede tomar para evitar este peligro es la imposición de límites de rendimiento mínimo para que la sociedad vehículo pueda pasar sus costes.

B) Acuerdos *Toma-o-Paga* (Take or pay)

En este tipo de acuerdo el comprador paga por el suministro del producto o servicio de la sociedad vehículo, siempre que esté disponible, aunque el comprador no lo necesite.

A veces se incluye también la cláusula de "*hell-or-high-water*" que está dirigida a que el comprador pague a pesar de incumplimiento del vendedor o la existencia de otras circunstancias, como fuerza mayor, que pudieran frustrar la entrega.

Los contratos tipo *Take or pay* son difíciles de firmar en la práctica. Sin embargo, a cambio de renunciar al mismo, la sociedad vehículo puede obtener

una posición de negociación que permita recoger en el contrato en la medida de lo posible los siguientes aspectos:

- Limitar al máximo las causas de resolución del contrato.
- Precio fijo de venta.
- Establecer garantías para el caso de insolvencia del comprador.
- Protección ante cambios del precio relacionados con modificaciones legislativas.
- Asignar riesgos de fuerza mayor.
- Prever coeficientes de escalamiento de precios en caso de cambio en los tipos de interés o de cambio de moneda.
- Posibilidad de relacionar los precios de venta con cambios en los costes del proyecto (combustibles, materias primas, costes de operación, etc.).

8. Contrato de préstamo

En la mayor parte de los proyectos se trata de un acuerdo de préstamo sindicado entre la sociedad vehículo y las entidades prestamistas. Este acuerdo regula los términos y condiciones de disposición del préstamo y los gastos que se pueden realizar en el proyecto.

Este contrato contiene los términos usuales referentes a capacidad para contratar, obligaciones, garantías y supuestos de incumplimiento que pueden encontrarse en otros préstamos sindicados, pero se extiende para incluir distintos aspectos relacionados con el proyecto y sus documentos. Los contratos de préstamos de transacciones de *project finance* tienen también una serie de cláusulas características.

Por ejemplo, en lo que se refiere a las condiciones precedentes se incluye la condición de que todos los permisos hayan sido obtenidos, los contratos del proyecto firmados, con pignoración o cesión de sus derechos a las entidades prestamistas, y los paquetes de garantías (*security agreements*) emitidos. Asimismo se suele exigir en estas condiciones precedentes la existencia de informes legales, técnicos y medioambientales sobre el proyecto emitidos por firmas de reconocido prestigio.

Se deben abrir una serie de cuentas (del préstamo, de ingresos, de reserva para el servicio de la deuda, de seguros e indemnizaciones, de reserva para mantenimiento, etc.) para el funcionamiento del proyecto, y sobre las que las entidades prestamistas mantendrán control. Los criterios de prioridad de los pagos deben ser negociados y establecidos. Los bancos exigirán que los criterios de prioridad aseguren que se pueda hacer frente a los pagos de devolución del principal e intereses del préstamo, aunque esto pueda dar lugar a falta de flexibilidad y vaya en contra de los intereses de los promotores.

Los contratos o acuerdos de préstamo incluyen criterios de coeficientes o ratios de cobertura de la deuda, así como las medidas a adoptar en el caso de que dichos criterios no se cumplan. Estos coeficientes determinan el grado de seguridad que los flujos de caja previstos ofrecen para hacer frente al pago de la deuda. Los más conocidos son:

Coeficiente de cobertura de la deuda (*Debt service cover ratio*). Es el cociente entre el flujo de caja anual y las cantidades pendientes de pago.

Coeficiente de cobertura de la deuda viva (*Loan life cover ratio*). Es el cociente entre el valor neto actual de los flujos de caja futuros del proyecto y el principal de la deuda pendiente de pago. Este coeficiente permite estimar si el préstamo pendiente se podrá pagar con los flujos de caja esperados del proyecto.

Los cálculos de estos coeficientes son a menudo objeto de discusión. Normalmente se utiliza un programa de ordenador para su cálculo, pero las hipótesis sobre las que está basado el modelo y los datos a suministrar al programa tienen que ser discutidos y acordados. El procedimiento habitual es que las entidades prestamistas proporcionen las hipótesis financieras y los promotores las hipótesis técnicas. Frecuentemente expertos técnicos y económicos son llamados para dar su opinión sobre estas hipótesis y confirmar la validez del modelo económico. Se trata de una etapa crítica para estimar la viabilidad del proyecto y de gran dificultad, porque supone la estimación de parámetros técnicos y económicos a veces de difícil predicción especialmente si la vida útil asignada al proyecto es larga.

En el caso de que no se alcancen los coeficientes de cobertura establecidos en el contrato, se incluyen medidas como supresión de dividendos para los accionistas, denegación de salidas de fondos adicionales, retención de las garantías de terminación de los promotores, etc.

El acuerdo incluye igualmente una serie de obligaciones y garantías que no se encuentran frecuentemente en las contratos de préstamos ordinarios:

- No efectuar modificaciones en los contratos sin el consentimiento y aprobación escrita de las entidades prestamistas. Los bancos como es lógico desean tener el mayor control posible sobre los contratos. Sin embargo, desde un punto de vista práctico no es razonable que los bancos aprueben cualquier cambio de importancia menor. De hecho, en la práctica muchas veces sucede lo contrario. Cuando llega el momento de negociar el contrato de préstamo los promotores han firmado ya una serie de contratos, que después es muy difícil volver a negociar.
- No modificar el proyecto sin la aprobación de los bancos.
- No adquirir deudas sin la autorización expresa de las entidades prestamistas.

- En lo que se refiere a los seguros, se suelen incluir requisitos muy detallados ya que se trata de una cuestión difícil y controvertida. Las entidades financieras suelen insistir en que, en el caso de que tenga lugar una destrucción importante de las instalaciones, la indemnización recibida de la compañía de seguros se utilice para devolver el préstamo y pagar los intereses, y que se establezca nueva financiación para reponer los activos dañados y continuar con el proyecto. Este enfoque es contrario a los intereses de los accionistas y puede ser difícil de instrumentar, ya que muchas pólizas de seguros exigen que el importe de la indemnización se emplee en reparar las instalaciones dañadas. Este es también el punto de vista que normalmente sostienen las autoridades que otorgan la concesión. En cada caso particular tendrá que negociarse una solución adecuada para las partes.
- Observar el cumplimiento del contrato de concesión y del resto de los contratos.
- No constituir derecho real de garantía sobre los bienes de la sociedad vehículo. Es la cláusula de garantía negativa (*negative pledge*).
- Compromiso de no enajenar o disponer de los activos del prestatario sin autorización de las entidades prestamistas (*tickler clause*).
- Limitaciones en la distribución de dividendos y prohibiciones de afianzar.
- Limitaciones respecto a cambios en el accionariado, fusiones y escisiones.

Los contratos de préstamo también incluyen cláusulas relativas a los supuestos de incumplimiento (*events of default*). Desde el punto de vista de las entidades prestamistas, los supuestos de incumplimiento no deben ser considerados como una forma de recuperar el dinero prestado. En líneas generales los bancos no se deciden a detener un proyecto a menos que la situación sea realmente desesperada. El primer objetivo de los supuestos de incumplimiento es proporcionar un aviso temprano de posibles problemas y dar oportunidad de corregir y volver a negociar el contrato de préstamo, si es necesario.

No existen reglas fijas en lo que se refiere al establecimiento de supuestos de incumplimiento y las partes pueden definir los que consideren oportunos.

Entre los más usuales se pueden citar:

- Impagos.
- Quebrantamiento de garantías.
- Situaciones de quiebra o insolvencia de alguno de los participantes en el proyecto.

- Incumplimiento de contratos del proyecto.
- Falseamiento u ocultación en las informaciones suministradas a las entidades prestamistas.
- Incumplimiento de obligaciones frente a terceros (*cross default*).
- Cambios en la normativa que hagan imposible o empeoren considerablemente la economía del proyecto.
- Abandono por causa de fuerza mayor.

Entre los remedios que puede aplicar el banco en los casos de supuestos de incumplimiento se encuentran:

- Prohibir la distribución de dividendos a los accionistas.
- Congelar los pagos.
- Crear retenciones en las cuentas.

El acuerdo de préstamo debe incluir una cláusula que permita al banco la *aceleración* de la amortización de la deuda. (Declarar la deuda pendiente, debida inmediatamente y pagable.) El objetivo de esta medida es proteger a las entidades prestamistas en el caso de que el prestatario pudiera ir a la quiebra, suministrando una prueba fehaciente de la deuda pendiente.

9. Contratos de garantía (*Security agreements*)

En *project finance* es vital para las entidades prestamistas establecer garantías sobre todos los activos de la sociedad vehículo, ya que en la mayor parte de los casos son los únicos activos a los que tendrán recurso y, por tanto es la única vía disponible para recuperar el dinero prestado en caso de problemas. En general la posibilidad de poder vender los activos no es el motivo principal para establecer las garantías. Se persiguen fundamentalmente dos objetivos:

El primer objetivo es crear un paquete de garantías como mecanismo defensivo que evite que otros posibles acreedores traten de tomar acciones respecto a estos activos. Esto, sin embargo, no cierra el paso a reclamaciones de otros acreedores que puedan poner en peligro el proyecto y, normalmente los bancos tratan de evitar que puedan existir acreedores importantes en el proyecto. (Limitando por ejemplo las actividades de la sociedad vehículo.)

El segundo objetivo es el deseo de las entidades prestamistas de controlar el destino del proyecto, si este se tuerce. En las jurisdicciones de tipo de ley común existe la posibilidad de nombrar representantes de las entidades financieras (*receivers*) que puedan tomar el control de la sociedad vehículo (*step-in-rights*). Esto no es normalmente posible en los países con jurisdicciones de tipo

de ley civil. Desde el punto de vista de las entidades financieras los países con jurisdicción basadas en la ley común, como Inglaterra, ofrecen las mayores ventajas porque, además de la posibilidad de tomar el control de la sociedad vehículo, permiten establecer una seguridad universal de todos los activos actuales y futuros de la sociedad vehículo a través de una *floating charge* o instrumento similar.

El establecimiento de las garantías en España en las operaciones de *project finance* ha sido analizado por Igartúa y Díaz de Rábago ⁽¹⁰⁾. La mayor seguridad se consigue mediante la garantía hipotecaria.

La garantía más utilizada es la pignoración de acciones de la sociedad vehículo. Igualmente se emplea la pignoración o la cesión de derechos sobre cuentas corrientes, derechos de cobro y derechos sobre indemnizaciones y pólizas de seguro.

La pignoración o prenda de derechos futuros, como derechos de crédito, es generalmente aceptada en España, aunque no está específicamente regulada. La prenda de derechos no se incluye en la masa de la quiebra y se ejecuta separadamente. Para constituir la prenda de derechos es suficiente la notificación al deudor y la elevación a documento público, para que tenga efectos frente a terceras partes. En caso de incumplimiento, el acreedor pignoraticio podrá ejercitar y cobrar directamente a su vencimiento el crédito pignorado, subrogándose en la posición del acreedor pignorante y realizando así el valor de derecho de la prenda, sin que esto viole la prohibición de pacto comisorio.

En España no se utilizan normalmente los acuerdos directos (*direct agreements*) entre los bancos y los contratistas, ni la toma de control de la sociedad vehículo por representantes de las entidades prestamistas (*step-in-rights*).

10. Contratos de seguros

Los seguros son un buen método de cubrir determinados riesgos en *project finance*. Sin embargo no siempre reciben la atención que merecen, y en muchas ocasiones las negociaciones de dichos contratos con las entidades prestamistas se dejan para la parte final de la negociación. Esto es un error porque el perfeccionamiento de las garantías de seguridad de los bancos a través de estos contratos es un proceso complejo y que requiere mucho tiempo.

Las entidades prestamistas contemplan los seguros como un elemento clave del paquete de garantías del proyecto. En caso de un siniestro mayor en las instalaciones de la sociedad vehículo, los bancos tendrán pocas cosas a las que recurrir para recuperar el préstamo, aparte de las indemnizaciones de las pólizas

(10) Marco DENES, *Unstitching Spain*, Project Finance December 1999.

de seguros. Los bancos quieren conocer los riesgos principales durante las diferentes fases del proyecto, y estar seguros de que el proyecto (y por consiguiente los flujos de caja que genera) no se ponen en peligro por ninguna cuestión relacionada con las pólizas de seguros.

En los grandes proyectos internacionales, los bancos suelen nombrar un agente especializado que les aconseje en el alcance y nivel que deben tener los distintos contratos de seguros necesarios para el proyecto.

Entre los posibles problemas que pueden surgir relacionados con los seguros podemos mencionar:

- La póliza puede ser cancelada, de acuerdo con los términos del contrato de seguro firmado, o por falta de pago de alguna de las primas.
- La póliza puede expirar y no ser renovada.
- El daño puede haber sido causado por un peligro no contemplado en la póliza.
- La póliza puede ser cambiada de forma que afecte desfavorablemente la cobertura inicialmente contratada.
- La póliza puede perjudicarse por un defecto de representación o por haberse facilitado a la compañía de seguros una declaración con inexactitudes, que pueda influir en la estimación del riesgo.

Este último punto preocupa naturalmente mucho a las entidades prestamistas, que pueden encontrarse con un fallo completo de cobertura debido a declaración no veraz por parte de la sociedad vehículo o del contratista, y de la que los bancos estaban totalmente ignorantes.

Los bancos han presionado tradicionalmente a las compañías de seguros para que eliminaran este tipo de cláusulas de los contratos, con un cierto éxito en el pasado. No obstante la política de las empresas aseguradoras respecto a esta cuestión se ha endurecido últimamente y es necesario buscar otras vías para cubrir este riesgo.

Una de las posibles soluciones es contratar un seguro específico contra ese riesgo (*non variation cover*). Estas pólizas son relativamente nuevas en el mercado, bastante caras y no pueden considerarse una solución genérica para este problema.

Otra posibilidad es el coaseguro (*co-insurance*), que tiene un significado distinto en la ley española y en la ley inglesa. Bajo esta última es posible asegurar ambos: la sociedad vehículo y el banco o, alternativamente, inscribir al banco como coasegurado en la póliza. Como quiera que el interés asegurado del banco se expresa como separado del de la sociedad vehículo, bajo los principios de la ley común inglesa, la póliza no debería ser afectada, en lo que se refiere al

banco, por un problema de representación o de declaración inexacta por parte de la sociedad vehículo. No obstante contra esto podría argumentarse que si solo una de las partes (por ejemplo la sociedad vehículo) se encarga de facilitar la información, esta parte está en realidad actuando como agente de la otra parte (las entidades prestamistas), y en consecuencia las dos partes se verían afectadas por problemas de representación o información no veraz. Por ello, es más seguro para los bancos combinar el coaseguro con una cláusula explícita aceptada por la compañía de seguros en la que se reconozca que una declaración inexacta suministrada por una de las partes no afecta a la otra parte.

Las entidades prestamistas desean normalmente también que se le asignen, vía garantías, todos los derechos de seguros contratados por el contratista, sociedad vehículo u otras partes. Desde el punto de vista de los bancos la mejor opción es que los seguros estén contratados por la sociedad vehículo. Esto ha sido explicado por John Scriven⁽¹¹⁾: *“El contrato de préstamo contendrá requisitos detallados respecto a los contratos de seguros, y el banco generalmente deseará que los seguros sean tomados por la empresa concesionaria en lugar de por el contratista, ya que el banco a través del contrato de préstamo tendrá más control sobre la empresa concesionaria que sobre el contratista”*.

Otra cláusula que las entidades prestamistas desean incluir en los contratos de seguros es la de *“pérdidas pagables” (loss payable clause)*. Bajo esta cláusula la compañía aseguradora paga directamente a una cuenta de las entidades prestamistas.

Los bancos pueden insistir también en que, en caso de un accidente o siniestro mayor, las indemnizaciones de la póliza se empleen para devolver el préstamo en lugar de reparar los daños producidos, y que se vuelva a negociar la financiación para seguir con el proyecto. Esto puede no ser admitido por las compañías de seguros y contará probablemente con la oposición del contratista y de los promotores.

A menudo una parte sustancial de la póliza es reasegurada con otras compañías de seguros. Esto puede deberse a que el asegurador principal no tiene capacidad para asegurar la totalidad del riesgo, pero también puede ser necesario por requisitos del país de acogida, que puede exigir que la totalidad o parte del riesgo se asegure a través de compañías locales. Esta última circunstancia puede generar inquietud en las entidades prestamistas respecto a la solvencia de las aseguradoras locales o la aparición de riesgos políticos.

(11) John SCRIVEN, *A banking perspective on construction risks in BOT schemes* International Construction Law, 1994.

El resultado es que el reaseguro con compañías de fuera del país de acogida puede ser demandado tanto por las aseguradoras locales como por las entidades prestamistas.

Un problema que puede plantearse es el caso de quiebra del asegurador principal. En esta circunstancia y si no se toman las medidas adecuadas, las indemnizaciones a las que se pudiera tener derecho bajo la póliza serían pagadas a la masa de la quiebra y distribuidas a los acreedores según las leyes que regulen la quiebra en el país anfitrión, sin que la sociedad vehículo ni los bancos gocen de preferencia.

Hay dos posibilidades para tratar este riesgo:

- La vía más satisfactoria para los bancos es que el asegurador principal asigne los derechos de las posibles indemnizaciones a la sociedad vehículo, separando estas indemnizaciones de la masa de la quiebra. Aunque esta es la vía más segura, es difícil conseguir de las compañías aseguradoras una asignación de derecho en estos términos.
- Otra posibilidad es incluir en el contrato una cláusula según la cual todas las indemnizaciones se paguen directamente por los reaseguradores a la sociedad vehículo (*cut-through*). La debilidad de este camino estriba en los problemas que puede plantear su ejecución frente a los liquidadores de la compañía aseguradora principal.

Los riesgos asegurables son de naturaleza muy diferente: riesgos de construcción, operación y mantenimiento, medioambientales, comerciales, legales, financieros y políticos.

Destacan por su importancia los riesgos de construcción entre los que se pueden citar daños personales y a las instalaciones, responsabilidad civil, lucro cesante por retrasos en la construcción, pérdidas por huelgas, quiebra del contratista, retrasos en la obtención de permisos, y errores de los contratistas y arquitectos.

Durante la operación y mantenimiento es necesario obtener también cobertura contra los daños de instalaciones, equipos y vehículos, lucro cesante por parada forzosa de las instalaciones y responsabilidad civil.

La tendencia actual no es cubrir mediante seguro cualquier riesgo posible, lo que sería extremadamente caro, sino obtener una buena cobertura frente a los riesgos más probables o importantes que dejen al proyecto con un riesgo aceptable para su financiación. En el sector privado puede encontrarse cobertura contra la mayor parte de los riesgos. La cobertura del riesgo político es un caso especial y, aunque existen compañías privadas (Mercado Lloyd's) que proporcionan una cobertura parcial frente a los riesgos políticos, normalmente el sector privado no puede competir en precios con las condiciones que pueden ofre-

cer las Compañías Públicas de Créditos a la Exportación (ECA's como CESCE, ECD, COFACE, ECGD, SACE, etc.) o las Compañías Multilaterales de Desarrollo (MIGA, Multilateral Investment Guarantee Agency) que cuentan con recursos aportados por los gobiernos. Entre los riesgos asegurable se pueden citar los relacionados con el acuerdo de concesión, permisos y licencias, los riesgos de expropiación, expatriación de beneficios, convertibilidad y transferencia de moneda, devaluación, impuestos y tarifas, fuerza mayor, cambios políticos y ruptura de contratos por el gobierno anfitrión. Los artículos de Marco Denes⁽¹²⁾ y de Michael Marray⁽¹³⁾ comentan la naturaleza del riesgo político y las últimas tendencias del mercado para la cobertura de estos riesgos.

11. Instrumentos financieros derivados (*Hedging*)

Estos instrumentos son utilizados por los prestatarios para cubrirse contra cambios desfavorables en los tipos de interés y de cambio de la moneda. El riesgo de cambios en el tipo de interés puede eliminarse mediante el uso de instrumentos financieros derivados como *caps* y *swaps*. En un contrato *cap* de tipo de interés la otra parte se obliga a pagar a la sociedad vehículo la diferencia entre el tipo de interés del mercado y el tipo especificado *cap* acordado por las partes, si el tipo de interés de mercado supera al interés *cap* acordado. En un contrato *swap* la sociedad vehículo paga un interés fijo a la otra parte y recibe un interés variable. De esta forma la sociedad vehículo puede pagar un interés variable a las entidades prestamistas a través del contrato *swap*, mientras que solo tiene que hacer frente a un interés fijo en dicho contrato.

Las principales cuestiones en relación con los contratos de tipo *swap* son: riesgo del crédito, período de maduración, precio y estrategia. La clasificación de los proyectos suele ser baja. Este hecho tiene normalmente impacto en el precio y disponibilidad de los *swaps*. El banco que suministra el *swap* cargará un porcentaje por el aumento de riesgo. Es frecuente que el banco principal (*lead manager* o *lead arranger*) sea también quien proporcione el *swap*. Esto tiene la ventaja de que aumenta la seguridad del resto de los bancos de la sindicación, porque les permite controlar mejor la estrategia. Los proyectos que se financian a través de *project finance* tienen a menudo períodos de maduración muy largos (de más de 15 o 20 años), y puede ser difícil encontrar cotizaciones de *swap* para períodos tan largos, aunque un buen banco debe ser capaz de ofrecerlo.

El precio y el seguimiento que debe establecerse para definir dicho precio, son cuestiones complejas que no tienen cabida en este artículo. Sin embargo, se

(12) Marco DENES, *Pounds, politics or sense*.

(13) Michael MARRAY, *The protectors, Project Finance*, February 2000.

puede mencionar que es muy conveniente establecer una buena estrategia. Esta estrategia puede incluir el empleo de un consejero de *swaps*, para comprobar si el precio ofrecido por el *swap* es razonable, y hacer un control del mismo, para evitar sorpresas desagradables el día del cierre de la operación. Esto es también importante para el gobierno anfitrión, ya que el riesgo de los últimos movimientos en los tipos de interés es normalmente soportado por dicho gobierno.

La operación del *swap* no debe hacerse demasiado tarde. Como explica Michael Lousada⁽¹⁴⁾, que hace una revisión muy interesante de este tema: “*Los swaps son un componente crítico en project finance, y a menudo no se les presta demasiada atención hasta que es demasiado tarde. Por parte del oferente del swap, es importante que contacte cuanto antes con los responsables de éste área en el banco principal (si no es el mismo banco principal quien suministra el swap) para desarrollar una estrategia apropiada para el swap, y familiarizarse con las características del préstamo y los flujos del proyecto. Esto asegura que se puedan introducir (si ello es posible) las cláusulas apropiadas en el contrato de concesión, y que el ofertante incluya un mecanismo apropiado para transferir el riesgo al gobierno antes del cierre financiero de la operación*”.

⁽¹⁴⁾ Michael LOUSADA, “Interest rate swaps in PFI projects”, *PFI European Review*, 1998.

JURISPRUDENCIA

OMISIÓN POR EL BANCO DESCONTANTE DE LOS ACTOS CONSERVATIVOS DEL CRÉDITO

[Comentario a la Sentencia de la A. P. de Las Palmas de Gran Canaria, de 15 de octubre de 1999] (*)

Ponente: Sr. Cobo Plana

FÁTIMA LOIS BASTIDA

Profesora de la Universidad de La Coruña

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—Se interpone recurso de apelación por la representación de “C.R. La C., S.L.” contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^ª Instancia número 1 de Puerto del Rosario de fecha 9 de febrero de 1998 que había estimado la demanda ejecutiva interpuesta por el “Banco E. de E., S.A.”. El recurrente reitera la excepción de pago ya invocada al formular la oposición a la demanda ejecutiva, al entender que la entidad ejecutante dejó perjudicar las letras descontadas.

Segundo.—El descuento bancario, figura de creación jurisprudencial, si bien aludida entre otros en el artículo 178.2.^º del Código de Comercio consiste en que el banco descontante, previa deducción de los intereses correspondientes, anticipe a su cliente o descontatario el importe de un crédito no vencido contra tercero, generalmente instrumentado en letras de cambio mediante la cesión “salvo buen fin” del crédito mismo; pero, se subraya, la cesión es *pro solvendo* y no *pro soluto*, o sea, para cobrar del deudor o en gestión de cobro y con el correspondiente derecho de reintegro frente al descontatario; habitualmente, este descuento se

(*) En *RGD*, núm. 666, 2000, pp. 3456 y ss.

efectúa mediante el endoso de las cambiales aceptadas por el deudor, descuento cambiario, aunque pueda permanecer al margen, como es el caso de autos, de su incorporación a las letras, que sólo si existen operan como instrumentos de pago y cabe hablar entonces de simple descuento bancario, no cambiario, que en la práctica es equivalente a una cesión de créditos.

En caso de descuento, por cuanto se trata de un supuesto de dación en pago, esto es, que el crédito descontado se cede *pro solvendo* y no *pro soluto*, la entidad financiera asume la obligación de diligente gestión, teniendo que presentar al cobro la letra con la debida oportunidad y levantando el acta de protesta por falta de pago, y una vez culminada su actuación, devolverá la cambial al cliente acompañada del acta de protesta, siendo imputable al descontante el perjuicio de la letra por falta de protesta y debiendo el mismo soportar los efectos de su propia negligencia, transformándose los efectos del descuento, por lo que la primitiva cesión, hasta entonces con carácter *pro solvendo*,

pasa a ser *pro soluto*. De esta forma, cuando el cliente pierde por omisión del Banco cualquier derecho que hubiera tenido si fuera titular del crédito se aplica el párrafo 2.º del artículo 1170 del Código Civil y desaparece la obligación de restituir del cliente.

En virtud de la doctrina expuesta, y habiendo dejado el “Banco E. de E., S.A.” prescribir negligentemente las letras descontadas, impidiendo con ello que “C.R. La C., S.L.” pudiera ejercitar las acciones cambiarias correspondientes frente a sus deudores, entiende la Sala que han de estimarse transformados los efectos del descuento, pasando la primitiva cesión, hasta entonces con carácter *pro solvendo*, a ser *pro soluto*. Por consiguiente, procede estimar el recurso y revocar la resolución de instancia en el sentido de desestimar la demanda ejecutiva interpuesta por el “Banco E. de E., S.A.” absolviendo a los demandados, “C.R. La C., S.L.” y doña D.P.R., de las pretensiones contenidas en aquélla, sin hacer en ninguna de las dos instancias expreso pronunciamiento sobre costas.

COMENTARIO

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES Y PLANTEAMIENTO.
- II. ASPECTOS SUSTANTIVOS RELACIONADOS CON LA RESOLUCIÓN COMENTADA.
 1. El deber de restitución del anticipo y la “Cláusula salvo buen fin”.
 2. El deber de diligencia.
- III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE DILIGENCIA: LA EFICACIA ABLATORIA DEL ARTÍCULO 1170, 2.º DEL CC.

I. ANTECEDENTES Y PLANTEAMIENTO

La sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 15 de octubre de 1999 nos introduce en la debatida cuestión del “perjuicio de la letra” y, en particular, de las consecuencias que se derivan para el Banco descontante cuando se trata de un hecho imputable a éste.

La Audiencia, siguiendo la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo y la opinión de la doctrina, considera que, en razón del deber de diligencia que emana del contrato de descuento, “el Banco ha de intentar el cobro del crédito descontado a su vencimiento y debe realizar los actos que eviten que el crédito prescriba o se perjudique”. De esta forma, cuando el perjuicio se debe a la actitud negligente de la Entidad descontante, la Audiencia declara aplicable el artículo 1170, párr. 2.º del Cc, estimando, por tanto, que la entrega de la letra al Banco y perjudicada por causa de éste, comporta los efectos del pago aunque no haya sido satisfecha a su vencimiento. La aplicación de este precepto determina, así, la transformación de los efectos del descuento en el sentido de que la cesión *pro solvendo* que entraña este contrato de descuento pasa a ser *pro soluto*. Sobre la base de la doctrina expuesta, el Tribunal considera que al haber dejado el Banco perjudicar culpablemente la letra, impidiendo con ello al Descontatario —y, en general, a los demandados, pues hubo varios aunque descontatario sólo uno— el ejercicio de las acciones cambiarias correspondientes frente a sus deudores, debe estimarse la excepción del pago alegada por dicha demandada.

Por consiguiente, la Audiencia revoca la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^ª Instancia número 1 de Puerto del Rosario de fecha 9 de febrero de 1998, en el sentido de desestimar la demanda ejecutiva interpuesta por el Banco descontante (“Banco E., S.A.”) para hacer efectivo su derecho de reintegro frente al descontatario. En el segundo fundamento de Derecho de la sentencia comentada se afirma que “sea cual fuere la vía elegida por el Banco descontante para hacer valer su derecho de reintegro, si la misma se dirige contra el descontatario, es preciso que el banco haya cumplido su obligación de garantizar el ‘buen fin’ de las letras objeto del descuento”.

II. ASPECTOS SUSTANTIVOS RELACIONADOS CON LA RESOLUCIÓN COMENTADA

1. El deber de restitución del anticipo y la “Cláusula salvo buen fin”

Entre las obligaciones que genera el contrato de descuento para el descontatario, además de las relativas a la transmisión del crédito descontado y al pago de intereses y comisiones al banco, destaca la de restituir el anticipo obtenido a cambio de la enajenación del crédito descontado. Esta obligación de restitución es la típica, característica y esencial de cualquier contrato de crédito⁽¹⁾.

El origen de esta obligación se encuentra en el propio contrato de descuento y se configura como un “verdadero deber de restitución de una suma recibida ‘credendi causa’”⁽²⁾.

La sentencia comentada, siguiendo el criterio prácticamente unánime de nuestra Jurisprudencia, al señalar la obligación de devolver el capital anticipado que el cliente tiene a su cargo (Fundamento de Derecho 2.^º) destaca, como hecho esencial al contrato de descuento el que la transmisión del crédito descontado se haga *pro solvendo* de la obligación de restituir el anticipo⁽³⁾.

(1) GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., “El contrato bancario de descuento y su evolución en la actividad crediticia”, en *Contratos Bancarios & Parabancarios*, Dir. U. Nieto Carol, Valladolid, 1998, p. 808.

(2) *Ibid.*, pp. 808-809.

(3) GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, 2.^ª ed., Madrid, 1975, p. 285. Igualmente, AZORÍN RONCERO, J., “Las acciones procesales en el contrato de Descuento”, en *RGD*, 1984, núm. 474, pp. 403 y ss; FLORES DOÑA, M.^ª S., “La llamada ‘Cláusula salvo buen fin’, en el Descuento, y la prescripción de acciones (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1988)”, en *La Ley*, 1990, T. I, pp. 1 y ss.; SSTS de 30 de diciembre de 1972, en Rep. Aranzadi, 1972, marg. 5202; de 14 de abril de 1980, en Rep. Aranzadi, 1980, marg. 1415.

La obligación de devolver el anticipo que surge del contrato de descuento se encuentra sometida a los efectos de la llamada “Cláusula salvo buen fin” que es la “forma abreviada de expresar una condición suspensiva —constituida, más bien, por el mal fin del crédito—, a la que se encuentra subordinada la exigibilidad del deber de restituir el anticipo” (4); de ahí el equívoco de la denominación otorgada a dicha cláusula. Del acaecimiento, o no, del pago por el tercero deudor dependerá que el descontatario se vea, o no, efectivamente obligado a llevar a cabo la restitución de la suma anticipada (5).

La “Cláusula salvo buen fin”, lejos de representar una simple cláusula, constituye un “elemento esencial del contrato; una *conditio iuris* que supone que existe un deber de restitución, cuya exigibilidad se encuentra condicionada, de forma suspensiva, no por el ‘buen fin’ sino, precisamente, por el mal fin del crédito descontado” (6).

La circunstancia que, generalmente, produce ese “mal fin” del crédito es la negativa a su pago voluntario por el deudor, bien porque éste no quiera, o porque no pueda pagar (7). Pero en el caso de las letras de cambio, el mal fin puede venir determinado, igualmente, por la falta de aceptación. Esta, como es sabido, determina la posibilidad de ejercicio anticipado de las acciones cambiarias de regreso, y, en opinión de la doctrina autorizada, las mismas consecuencias debería producir, en relación con la acción derivada del descuento, igual que si la letra no hubiera sido oportunamente pagada (8).

También se han considerado como formas de “mal fin” del crédito descontado aquellas otras circunstancias que producen el ejercicio anticipado de las acciones de regreso (quiebra, suspensión de pagos o concurso del librado, o del

(4) GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El Contrato bancario de descuento y su evolución*, cit., p. 809.

(5) SSTS de 21 de junio de 1963, en Rep. Aranzadi, 1963, n.º 2465, o de 5 de febrero de 1991, en *Actualidad Civil*, n.º 22, cit., p. 1099.

(6) GARCÍA-PITA, J.L., *El contrato bancario de descuento y su evolución*, cit., p. 811.

(7) GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, cit., pp. 285 y ss.; GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El Contrato bancario de Descuento*, Madrid, 1990, pp. 727 y 735; AZORÍN RONCERO, J., cit., en *RGD*, 1984, n.º 474, p. 403; FIORENTINO, A., *Le operazioni bancarie. Contratti bancari. Credito fondiario e agrario. Pagamento e riscossioni bancari*, 2.ª ed., Nápoles, 1973, p. 112; GRECO, P., *Le operazioni di banca*, Padua, 1931, p. 112. Y en la jurisprudencia, *vid.*, entre otras, STS de 21 de junio de 1963, Rep. Aranzadi, 1963, n.º 3465; STS de 30 de diciembre de 1972, Rep. Aranzadi, 1972, n.º 5202 o STS de 21 de noviembre de 1984, Rep. Aranzadi, 1984, n.º 5261.

(8) GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento y su evolución*, cit., p. 811; COLAGROSSO, E., *Diritto bancario*, 1.ª ed., Roma, 1947, p. 250.

librador de una letra de cambio no aceptable...)⁽⁹⁾. En este sentido, se ha advertido que la práctica de las pólizas de descuento ha ampliado el ámbito de supuestos de exigibilidad anticipada. Tal es el caso de la Cláusula Sexta PCNLC, en la que se prevé la posibilidad de adeudar inmediatamente en las cuentas del Acreditado-descontatario, por considerarse “vencidos”, los diversos efectos cambiarios y otros documentos descontados, en los supuestos de:

“...insolvencia manifiesta, suspensión de pagos, cobro dudoso de los mismos, o en el caso de que se haya interpuesto contra él (es decir contra el acreditado/descontatario) cualquier reclamación judicial o extrajudicial de cantidad, o de que cambie sustancialmente la naturaleza de su negocio, sin autorización previa por escrito, del banco, o de que cesare en las actividades propias de aquél o incumpliera cualquier otra obligación, independientemente de este contrato con el banco, y asimismo si dejare protestar cualquier documento cambiario a su cargo...”⁽¹⁰⁾.

En relación a esta cláusula el Tribunal, en la sentencia comentada, considera que lo dispuesto en la misma resulta ajeno a los fines de establecer la cuestión esencial del pleito. La Audiencia sostiene que la posibilidad de adeudar en determinada cuenta el importe de las letras no satisfechas y que estas letras pudieran ser detenidas en gestión de cobro, como garantía pignoratícia y respaldo de saldo “son especificaciones que contribuyen, más bien, a determinar las concretas responsabilidades del banco, que no puede ampararse en que también la Cláusula dice que no se entregarán las letras hasta el total pago de la deuda, pues ello no está en contradicción con una de las principales obligaciones del contrato de descuento, que no puede escamotearse con pactos abusivos, ni exoneratorios que atacarían a la esencia del equilibrio contractual. Esta obligación o carga consiste en que, en razón del deber de diligencia, el Banco ha de intentar el cobro del crédito descontado a su vencimiento y debe realizar los actos que eviten que el crédito prescriba o se perjudique” (fundamento de Derecho segundo).

Producido el mal fin del crédito descontado —y efectuados los actos conservativos oportunos—, el Banco puede dirigirse contra el descontatario, sin tener que realizar ningún tipo de previa excusión del tercero deudor, porque no estamos en presencia de una fianza prestada por el cliente, sino de un contrato de crédito, en el que el deber de restitución está subordinado exclusivamente a

⁽⁹⁾ GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento y su evolución*, cit., p. 811.

⁽¹⁰⁾ CANO RICO y SERRA MALLOL, *Manual práctico de contratación mercantil*, T. II, *Contratos bancarios y sobre títulos-valores*, 2.^a ed., Madrid, 1987-1993, p. 170.

la condición del “mal fin”, y no a la comprobación de la insolvencia del deudor, manifestada en un embargo infructuoso de sus bienes⁽¹¹⁾.

2. El deber de diligencia

En virtud del “deber de diligencia” que incumbe al banco o Entidad descontante ésta habrá de efectuar la tentativa de cobro del crédito descontado a su vencimiento, y todos los actos necesarios para evitar que el crédito prescriba o se perjudique, de forma que el cliente no se vea privado de ninguno de los derechos que hubiera podido ejercitar, él mismo, contra otros sujetos distintos (realización de los “actos conservativos”).

El deber de diligente gestión, que asume la Entidad descontante, se halla justificado por la finalidad solutoria que presenta la transmisión del crédito descontado, respecto de la restitución del anticipo obtenido; finalidad cuya frustración, por no llegar el crédito a buen fin, pone en marcha la exigibilidad de la obligación de restitución expresada por la cláusula “salvo buen fin”, siempre y cuando el Banco acreedor pueda restituir, a su cliente/descontatario, el crédito descontado exactamente con todos los derechos y garantías que lo acompañaban⁽¹²⁾.

No obstante, como precisa la doctrina, la conducta diligente que ha de observar la Entidad descontante no constituye un verdadero deber contractual exigible sino que se trata de una simple “carga”, cuya inobservancia si bien no origina las consecuencias de los arts. 1101 ó 1124 CC, provoca la pérdida por el Banco del derecho a obtener el reembolso del anticipo otorgado⁽¹³⁾.

Siguiendo a García-Pita, la posibilidad de restituir el crédito tal como fue adquirido constituye el criterio que delimita el alcance concreto de este deber;

(11) GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, cit., p. 283; GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El Contrato bancario de Descuento*, cit., pp. 735 y ss.; MINERVINI, G., “La costruzione dello sconto bancario”, en *BBTC*, 1949, I, pp. 112 y ss.

(12) GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, cit., p. 283; GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El Contrato bancario de Descuento*, cit., p. 532; FINEZ RATÓN, J.M., “Doctrina jurisprudencial sobre efectos de la retroacción de la Quiebra en el Contrato de Descuento”, en *Escritos Jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, t. II, edit. Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria, 1993, p. 133; ANGELONI, V., *Lo Sconto. Studio di Diritto Bancario*, Milán, 1919, pp. 184 y ss; FIORENTINO, A., *Le operazioni*, cit., p. 113

(13) GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, cit., p. 284; GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El Contrato bancario de Descuento*, cit., p. 533; FINEZ RATÓN, J.M., “Doctrina jurisprudencial...”, cit., p. 133; ANGELONI, V., *Lo Sconto...*, cit., pp. 174, 175 y 181-184; DONADIO, G., *Lo Sconto*, Nápoles, 1948, p. 32; FIORENTINO, A., *Le operazioni*, cit., pp. 59 y 105; MINERVINI, G., *La costruzione*, cit., pp. 115 y 138.

en este sentido, según indica el mismo autor, procede integrar este régimen con el de la figura del perjuicio cambiario del artículo 63, LCCH⁽¹⁴⁾, pero “sin que ello excluya que la infracción del deber examinado pueda producirse también cuando se dejen prescribir derechos o créditos, estén o no incorporados en títulos cambiarios”⁽¹⁵⁾.

Según indica la entidad recurrida (entidad bancaria), la STS de 6 de noviembre de 1996⁽¹⁶⁾ no impone al Banco descontante la devolución material de los títulos a los deudores libradores antes del transcurso de tres años desde su vencimiento si no reintegran previamente al banco lo adelantado, de manera que los deudores libradores sólo poseerán facultades para recobrar los efectos cuando previamente liquiden su importe. Este argumento es rechazado por el Tribunal al estimar que esta doctrina sólo es aplicable a las reclamaciones que se efectúen en juicios ordinarios y no en ejecutivos como el de autos.

La tesis que sostiene la Audiencia, reiterando la establecida por el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 6 de noviembre de 1966, no es admisible por cuanto el Tribunal no ha tenido en cuenta que el artículo 1170, párr. 2.º CC se refiere, en general, a todos los supuestos en los que se produce la entrega de letras de cambio, etc. **para pago de deudas dinerarias**, y “determina la extinción por pago de las obligaciones *solvendae*, lo que incluye no sólo las relaciones obligatorias cambiarias, sino precisamente incluso las relaciones obligacionales *ex causa* o subyacentes”⁽¹⁷⁾.

No obstante, el Tribunal Supremo en la citada sentencia rectificaba, en cierto modo, sus manifestaciones señalando, a continuación, que lo dispuesto en el artículo 1170, párr. 2.º CC, había sido escrupulosamente observado, ya que constaba que el **Banco había cumplido con las cargas de presentación y protesto** de las cambiales ya que —de lo contrario— hubieran quedado perjudicadas.

La Audiencia, por su parte, en la sentencia comentada (fundamento de Derecho segundo) sostiene un argumento confuso al establecer que “la obligación de entrega de los efectos al deudor descontatario no significa que el banco pueda dejar perjudicar las mismas, puesto que, sin perjuicio de lo ante-

(14) Vid. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *El Contrato bancario de Descuento*, cit., pp. 536 y ss., con toda la doctrina sobre la diligencia en el ámbito cambiario.

(15) *Ibid.*, pp. 576 y ss.

(16) STS, Sala 1.ª, de 6 de noviembre de 1996, en *La Ley*, de 23 de diciembre de 1996, pp. 4 y ss. y en *Actualidad Civil*, 1997, n.º 8, del 17 al 23 de febrero, marg. 177, pp. 432 y ss.

(17) Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento y su evolución*, cit., pp. 786-787, con ocasión de la crítica formulada a la STS de 6 de noviembre de 1996.

rior, bien pudo ejercitar previamente y en tiempo hábil la correspondiente demanda ejecutiva de regreso contra el librador”.

Esta cuestión, relativa a la “no devolución” de las cambiales al descontatario, que aborda de modo impreciso la sentencia comentada, debe ser interpretada, siguiendo a la doctrina autorizada, en el sentido de que “debe existir una cierta simultaneidad entre la ‘puesta a disposición’ de las cambiales no atendidas, y el ejercicio de los derechos del banco: pero ejercicio de unos derechos de reembolso, que no pueden entenderse limitados a las acciones cambiarias de regreso, sino a todas las obligaciones de reembolso del Descontatario/Cliente, *pro solvendo* de las cuales, fueron transmitidas las letras”⁽¹⁸⁾.

III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE DILIGENCIA: LA EFICACIA ABLATORIA DEL ARTÍCULO 1170, 2.º DEL CC

Habida cuenta de que la transmisión al Banco del crédito descontado se produce *pro solvendo* del deber de restitución y, por cuanto incumbe al Banco un deber de diligencia, como es sabido, una conducta negligente de la Entidad descontante puede determinar la pérdida de ciertos derechos que le correspondían. En este contexto, cabe destacar un precepto fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, contenido en el artículo 63 LCCH, donde se establece la noción jurídico-cambiaria del “perjuicio de la letra”. En virtud de la misma, se establece la decadencia —total o parcial— de las acciones de regreso motivada por la negligencia del tenedor de la letra.

Estas mismas consecuencias se producen en el caso de que la transmisión de la cambial se produzca como consecuencia de un contrato de descuento. Por consiguiente, el Banco descontante que no efectúe las presentaciones obligatorias de la letra, o que no la haga protestar o no obtenga las declaraciones sustitutivas del protesto, precisas en los casos previstos por la Ley, se verá desprovisto de las acciones cambiarias contra el librador, los endosantes y sus respectivos avalistas⁽¹⁹⁾.

(18) GARCÍA-PITA, J.L., *El contrato bancario de descuento y su evolución*, cit., p. 787.

(19) CABRILLAC, H., n. A Sent. Trib. Apel Limoges, de 17 de febrero de 1958, en *JCP*, 1958, II, n.º 10547; RENAUD, M., *Traité juridique et pratique de l'Escompte*, París, 1934, pp. 155 y ss.; RIVES LANGE, J.L., *Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte*, París, 1962, pp. 308 y ss.; ANGELONI, V., *Lo Sconto*, cit., pp. 199 y ss; FIORENTINO, A., *Le operazioni*, cit., p. 111; MOLLE, G., *I Contratti bancari*, 4.ª ed., en Cicu-Messineo, t. XXXV, vol. 1, Milán, 1981, p. 428.

Junto al artículo 63 LCCH al que nos hemos referido, otro precepto que posee una importancia trascendental, en el contexto examinado, es el artículo 1170, párrs. 2.º y 3.º del CC. Este precepto, al regular el cumplimiento de las obligaciones dinerarias, establece que la entrega de letras de cambio, pagarés, etc., para pagar dichas deudas, puede *producir los efectos del pago*, respecto de la obligación dineraria *causal o subyacente* —para cuyo pago han sido entregados—, cuando tales documentos queden “perjudicados” por culpa del acreedor.

Precisamente, una de las cuestiones que ha suscitado el referido precepto, entre nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, es la relativa a la aplicabilidad del mismo al contrato de descuento. El problema radicaba, en cuanto al párr. 2.º del artículo 1170 CC, en que el deber de restitución, para cuyo pago se transmite el crédito descontado, no preexistía a la transmisión, y cabría hacer a este precepto objeto de una *interpretación restrictiva*, que exigiría esa preexistencia como condición *sine qua non* para la aplicación de la referida norma⁽²⁰⁾. No obstante, a pesar de que este argumento podría parecer sólido y bien fundamentado, venía manifestándose acuerdo, entre nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, en punto a la aplicabilidad del artículo 1170 CC al contrato de descuento⁽²¹⁾. Y, como advierte la doctrina, aunque consideremos que la transmisión del crédito descontado constituye la ejecución de una obligación derivada del propio descuento “no cabe olvidar que dicha transmisión tiene por objeto obtener, en contraprestación, el anticipo a crédito del importe del crédito descontado y también para que el banco obtenga, percibiendo su importe, el reembolso del anticipo”⁽²²⁾.

De esta forma, se ha estimado que la *ratio* del artículo 1170, párr. 2.º CC y la de la transmisión *pro solvendo* del crédito descontado es la misma, de modo que el Banco no podrá reclamar al descontatario la devolución del anticipo si no puede restituirle el crédito descontado con, por lo menos, los mismos derechos y garantías con que aquél se lo transmitió⁽²³⁾.

(20) CUÑAT EDO, V., “El artículo 1170 del Código Civil y su aplicación a la entrega de letras de cambio”, en *RDM*, 1973, n.º 127, p. 107.

(21) GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos Bancarios*, cit., p. 284; AZORÍN RONCERO, J., cit., en *RGD*, 1984, n.º 474, p. 404. STS de 15 de junio de 1962, en Rep. Aranzadi, 1962, n.º 2811; STS de 23 de marzo de 1979, en Rep. Aranzadi, 1979, n.º 917; STS de 14 de abril de 1980, en Rep. Aranzadi, 1980, n.º 1415.

(22) GARCÍA-PITA Y LASTRES, *El contrato bancario de descuento y su evolución*, cit., p. 835.

(23) GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, cit., p. 284; GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El Contrato bancario de Descuento*, cit., p. 888; STS de 6 de octubre de 1986, en *La Ley*, 1986, t. IV, pp. 550 y ss., marg. 6788.

Como señala García-Pita, al estudiar la cuestión relativa a las relaciones entre los artículos 1170, párr. 2.º CC y 63 LCCH —suscitada entre nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia—, el artículo 1170 CC *toma prestado del Derecho cambiario el concepto de “perjuicio”, en el sentido de que sanciona el perjuicio que experimenta el tenedor precedente por culpa de la incuria del tenedor ulterior, cuando este último recibió la letra, el pagaré, etc., de su predecesor, para pago de una deuda dineraria* (24).

En este sentido, frente al perjuicio contemplado en el artículo 63 LCCH —que supone la pérdida de todas las acciones cambiarias regresivas (perjuicio pleno o absoluto), o bien la pérdida de la acción regresiva exclusivamente frente a alguno de los firmantes (perjuicio parcial o limitado)— el perjuicio imputable al Banco, según el mismo autor, produce la pérdida de la acción causal derivada del descuento, e incluso supera los límites del concepto del “perjuicio cambiario”, para abarcar “cualquier supuesto en que se efectúe una prestación sustitutoria del pago en efectivo, por entrega o cesión de un crédito de cualquier tipo, cuando este crédito pueda extinguirse por otras causas, como la prescripción, siempre que la pérdida se deba a la culpa del acreedor” (25).

Así parece entenderlo el Tribunal en la sentencia comentada al manifestar que “el perjuicio de la letra imputable al Banco produce efectos contra la entidad descontante que debe soportar los causados por su propia negligencia”, en cuyo caso se siguen las radicales consecuencias que ordena el párrafo 2.º del artículo 1170 del Código Civil, estimándose, por tanto que “la entrega de la letra al Banco y perjudicada por causa de éste comporta los efectos del pago a pesar de que no haya sido satisfecha a su vencimiento, transformándose los efectos del descuento, por lo que la primitiva cesión, hasta entonces con carácter *pro solvendo*, pasa a ser *pro soluto*” (26).

Para apreciar si debe quedar extinta la acción causal, lo definitivo, según la jurisprudencia y la doctrina que ha abordado esta cuestión, es que, por negligencia del acreedor, el descontatario reciba un crédito que ya no le proporcione derechos contra personas frente a las que hubiera podido dirigirse, para obtener el reembolso de la cantidad que ha tenido que pagar, como restitución del anti-

(24) GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento y su evolución*, cit., p. 835.

(25) GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento y su evolución*, cit., p. 836.

(26) En este punto el Tribunal reitera lo establecido en las SSTs de 14 de abril de 1980, de 20 de febrero de 1985, de 1 de abril de 1996 y de 21 de marzo de 1997.

cipo, resultándole de ello un empobrecimiento, porque esa misma cantidad le era debida por tales otras personas⁽²⁷⁾.

Igualmente, en la sentencia comentada, reiterando lo establecido en la STS de 18 de marzo de 1977, se afirma que la obligación fundamental que compete a los Bancos descontantes, una vez producido el impago de las cambiales descontadas, es devolver éstas al librador descontatario “con la misma eficacia jurídica que tenían cuando le fueron entregadas a virtud del contrato de descuento”, lo que conlleva el haber cumplido las obligaciones previas de su oportuna presentación al cobro y de levantamiento, en forma, del correspondiente protesto. De esta forma, siguiendo la STS de 20 de febrero de 1985, sostiene el Tribunal que “cuando el cliente pierde por omisión del Banco cualquier derecho que hubiera tenido si fuera titular del crédito se aplica el párrafo 2.º del artículo 1170 del Código Civil y desaparece la obligación de restituir del cliente (fundamento de Derecho segundo).

De conformidad con la doctrina expuesta, el Tribunal considera que, al haber dejado el “Banco E. de E., S.A.” prescribir negligentemente las letras descontadas, impidiendo con ello que “C.R. La C., S.L.” pudiera ejercitar las acciones cambiarias correspondientes frente a sus deudores, han de estimarse transformados los efectos del descuento, pasando la primitiva cesión, hasta entonces con carácter *pro sovendo*, a ser *pro soluto*. Por consiguiente, el Tribunal estima la excepción de pago alegada por la demandada.

(27) GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *El contrato bancario de descuento y su evolución*, cit., p. 349.

EL ERROR DEL BANCO EN LA EJECUCIÓN DE UNA ORDEN DE TRANSFERENCIA: LA EMISIÓN ERRÓNEA DE UN DUPLICADO DE LA ORDEN

[Comentario de la Sentencia de la A.P. de Valencia (Sección 8.ª), de 15 de junio de 1999] ()*

Ponente: Sr. Vives Reus

LUCÍA ALVARADO HERRERA

*Profesora Ayudante de Derecho mercantil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Por la entidad demandante Banco E. de C., S.A., se formuló demanda contra D. Rafael F.M., en reclamación de la cantidad de 2.033.471 ptas., alegando, en base a su pretensión, que recibió una orden de parte de su cliente, la mercantil C., S.A., de realizar una transferencia por importe de 2.033.471 ptas. a favor del demandado y hoy recurrente D. Rafael F.M., lo que así realizó el día 22 de julio de 1994, recibiendo el demandado dicha cantidad. Sin embargo, y debido a un error por parte de la oficina bancaria, se duplicó la transferencia, recibiendo el demandado poco tiempo después

nuevamente la referida cantidad de 2.033.471 ptas. Al darse cuenta del error sufrido la entidad bancaria actora reclamó del demandado el importe de la segunda transferencia a lo que éste hizo caso omiso.

La sentencia de instancia estimó íntegramente la demanda y contra la misma recurre en apelación D. Rafael F.M., solicitando la revocación de la misma y en consecuencia se desestime la demanda, alegando que la mercantil ordenante de la transferencia C., S.A., le adeudaba la cantidad que recibió, por lo que no concurren los requisitos legales necesarios para exigirle la devolución de la cantidad reclamada en demanda.

(*) *Actualidad Civil*, Audiencias, n.º 16 (17 al 23 de abril de 2000), pág. 729.

Segundo.—El CC regula en los arts. 1895 y ss., dentro del capítulo de los cuasi-contratos, el cobro de lo indebido que consiste en la relación o vínculo jurídico que se establece entre la persona que recibe lo que no tenía derecho a recibir y aquella que paga por error, en cuya virtud, el cobrador se constituye en la obligación de restituir lo indebidamente pagado. Exigiéndose, por tanto, para que pueda ejercitarse la acción de repetición, los siguientes requisitos: A) Un pago efectivo, hecho con la intención de extinguir la deuda, o, en general, de cumplir un deber jurídico, B) Inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, y, por tanto, falta de causa en el pago, y C) Error por parte del que hizo el pago.

El pago puede ser indebido objetivamente, lo que ocurre cuando falta toda relación de obligación entre el que paga y el que recibe, lo que puede tener lugar o porque la obligación nunca haya existido, “cosa que nunca se debió”, o porque aún no haya llegado a constituirse, o porque habiendo existido la deuda, esté ya pagada o extinguida “cosa que ya estaba pagada” como dice el art. 1901 CC.

En el presente caso, y como acertadamente se razona en la sentencia recurrida, concurren todos los requisitos exigidos para que pueda prosperar la acción de repetición basada en el cobro de lo indebido, pues por parte de la entidad bancaria demandante se realizó un pago efectivo realizado con la inten-

ción de extinguir la deuda, cuando ya no existía la obligación, pues ésta había sido ya pagada, pago que se realizó por error, como queda acreditado por la prueba testifical practicada (folio 109 de los autos), en la que el testigo vino a manifestar que dio orden al Banco demandante para que realizara una sola transferencia al demandado por importe de 2.033.471 ptas., y que dicha cantidad era la que sólo adeudaba. Por tanto, cuando el Banco transfiere por segunda vez, como consecuencia de un error, la deuda estaba ya pagada, por lo que el demandado está obligado a su devolución, sin que pueda alegar en este proceso que el ordenante de la transferencia, la mercantil C., S.A., le debía la totalidad de la cantidad que recibió, pues la relación jurídica por el cobro de lo indebido se constituye, en este caso, entre el Banco demandante y el demandado D. Rafael F., al haber incurrido el primero en error al transferir la misma cantidad dos veces, por lo que si el demandado estima que la mercantil C., S.A., le adeudaba dicha cantidad deberá ejercitar la oportuna acción de reclamación de cantidad en otro proceso pero no en este en el que no es parte dicha sociedad.

En consecuencia, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia de instancia.

Tercero.—De conformidad con lo preceptuado en el art. 710 LEC procede condenar a la parte apelante al pago de las costas devengadas en esta alzada.

COMENTARIO

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. LA TRANSFERENCIA COMO OPERACIÓN NEUTRA.
 - III. LAS RELACIONES ENTRE EL ORDENANTE Y SU BANCO.
 - 1. **Introducción.**
 - 2. **Naturaleza jurídica.**
 - 3. **La orden de transferencia.**
 - A) Naturaleza de la orden de transferencia.
 - B) Forma y contenido de la orden de transferencia.
 - 4. **Obligaciones del banco del ordenante**
 - A) Obligación de ejecutar el encargo recibido.
 - B) Obligación de rendir cuentas.
 - IV. EL ERROR DEL BANCO EN LA EJECUCIÓN DE LA ORDEN DE TRANSFERENCIA.
 - V. BIBLIOGRAFÍA.
-

I. INTRODUCCIÓN

La transferencia es una operación bancaria mediante la cual el cliente de una entidad (ordenante) ordena a ésta que con cargo a su cuenta transfiera una determinada suma a otra cuenta, del mismo o de distinto titular (beneficiario), situada en la misma entidad o en otra distinta. Lo que caracteriza a la transferencia es que el movimiento de fondos se efectúa sin la utilización de efectivo o numerario, mediante un simple juego de escrituras: adeudo de la cuenta del ordenante y abono de la del beneficiario. De ahí que se afirme que la transferencia bancaria conlleva una operación contable⁽¹⁾.

(1) Vid. GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, 2.ª ed., Madrid, 1975, pág. 552; *idem*, *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, 8.ª ed., Madrid, 1983, pág. 192; BOIX SERRANO, R., *Curso de Derecho Bancario*, Madrid, 1986, pág. 189; DROUILLAT, R., *Le virement en banque*, París, 1931, pág. 12.

La importancia de esta figura —que dentro de la clásica distinción entre operaciones bancarias activas, pasivas y neutras o de gestión se incluye entre estas últimas— ha aumentado de forma considerable en los últimos años, debido en gran medida a los avances tecnológicos que han fomentado su utilización por los clientes de las entidades (piénsese en la posibilidad que existe actualmente de cursar de forma cómoda, rápida y fiable órdenes de transferencia por teléfono o vía Internet).

La especial relevancia de esta operación bancaria contrasta con la ausencia de un régimen jurídico específico que la regule con carácter general, lo que hace que actualmente exista incertidumbre sobre aspectos esenciales de la transferencia: si la obligación del banco del ordenante es simplemente la de transmitir la orden de transferencia al siguiente banco o por el contrario el banco se obliga a que los fondos lleguen al beneficiario; si el banco del ordenante responde o no ante su cliente de los actos de los bancos intermedarios; hasta qué momento puede revocarse la transferencia y a quién puede el ordenante dirigir la orden de revocación; los efectos de la transferencia cuando es utilizada para extinguir una deuda pecuniaria, etc. Hay que acudir a las normas sobre la contratación en general y a las particulares sobre la comisión y el depósito, así como a determinadas instituciones civiles con la dificultad que conlleva en ocasiones adaptar dichas normas a la realidad de la transferencia bancaria.

Mayor es, sin embargo, la atención prestada a la transferencia cuando en ella concurre el elemento de la internacionalidad. De hecho, nuestro Ordenamiento cuenta desde 1999 con una ley sobre las transferencias entre Estados miembros, concretamente la *Ley 9/1999, de 12 de abril, por la que se regula el régimen jurídico de las transferencias entre Estados miembros de la Unión Europea* (BOE núm. 88, de 13 de abril), ley que traspone al Ordenamiento jurídico español la *Directiva 97/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997, relativa a las transferencias transfronterizas* (DOCE núm. L 43, de 14 de febrero de 1997)⁽²⁾. Esta Directiva tuvo muy en cuenta las disposiciones de un texto elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas

(2) Debe tenerse presente, sin que ello le reste méritos, que la Ley 9/1999 no ofrece una regulación completa de la transferencia bancaria, ya que quedan fuera de ella cuestiones tales como la revocación, la compensación, el pago mediante transferencia, etc. Además, al tratarse de una trasposición *parcial*, sólo han encontrado reflejo en la Ley los preceptos de la Directiva que requerían rango de ley; las disposiciones que necesitaban otro rango se han incorporado mediante 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 Estados miembros de la Unión Europea así como otras disposiciones en materia de gestión de transferencias en general* (BOE núm. 283, de 25 de noviembre).

para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL o CNUDMI): la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito* (Viena, 1992)⁽³⁾; la Ley Modelo, a su vez, había recibido una notable influencia del Artículo 4A *Funds Transfers* del *Uniform Commercial Code* estadounidense (1989).

II. LA TRANSFERENCIA COMO OPERACIÓN NEUTRA

Cuando se afirma que la transferencia es una operación neutra se quiere decir que la finalidad de la operación es siempre la misma: realizar un movimiento de fondos entre el ordenante y el beneficiario mediante un simple juego de escrituras o de anotaciones contables⁽⁴⁾. Distinto es el fin particular de la transferencia, es decir, el perseguido en cada caso concreto por las partes con el movimiento de fondos, que puede ser muy diverso: constituir un depósito, proveer de fondos a un comisionista, efectuar una simple gestión patrimonial (cuando la transferencia se realiza entre cuentas del mismo titular), realizar una donación, pagar una deuda pecuniaria, etc.⁽⁵⁾. La última de las finalidades

(3) Sobre la influencia de la Ley Modelo de UNCITRAL en la Directiva sobre transferencias transfronterizas vid., entre otros, LOJENDIO OSBORNE, I., “La ley modelo sobre transferencias internacionales de crédito”, en *Instituciones del Mercado Financiero*, dir. A. Alonso Ureba y J. Martínez Simancas, vol. III, Madrid, 1999, págs. 1701 y ss.; HEINRICH, G.C., “International Initiatives towards legal harmonisation in the field of funds transfers, payments and payment systems (annotated bibliography)”, en *Transboundary payment transactions in the European Single Market*, Colonia, 1997, pág. 200; BOJER, L., “International credit transfers: the proposed EC Directive compared with the UNCITRAL Model Law”, *Journal of International Banking Law*, 10 (1995), pág. 223; PERALES VISCASILLAS, M.P., “Transferencias bancarias: Directiva 97/5/CE, Ley Modelo de UNCITRAL y Artículo 4A UCC”, DN, 88 (1998), pág. 2; ALVARADO HERRERA, L., *La transferencia bancaria*, Madrid, 1999, págs. 21-22; Nota de la Secretaría de UNCITRAL sobre el estado de las convenciones, de 22 de mayo de 1997 (documento A/CN.9/440, pág. 13).

(4) Vid. ALVARADO HERRERA, L., *La transferencia...*, cit., pág. 40.

(5) Vid. VÁZQUEZ PENA, M.J., *La transferencia bancaria de crédito*, Madrid, 1998, págs. 45 y ss.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Observaciones sobre la transferencia bancaria”, *CD y Com*, 17 (1995), pág. 55; ALVARADO HERRERA, L., *La transferencia...*, cit., págs. 40 y 202-203; CABRILLAC, M. y RIVES-LANGE, J.L., “Virement”, *Ency. Dalloz Dr. comm.*, pág. 4; DEVEZE, J. y PETEL, P.H., *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit*, París, 1992, pág. 242; DE JUGLART, M. e IPPOLITO, B., *Traité de Droit commercial*. T. VII. *Banques et bourses*, 3.^a ed., por L.M. Martín, París, 1991, pág. 494; CAMPOBASSO, G.F., “Bancogiro”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. IV, Roma, 1988, pág. 2; idem *Bancogiro e moneta scritturale*, Bari, 1979, pág. 241; SANTINI, G., “Giroconto”, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. VII, Turín, 1961 (ristampa 1980), pág. 862; idem, *Il bancogiro*, Bolonia, 1948, pág. 110.

apuntadas —la de pago o cumplimiento de una obligación— es la que, precisamente, contempla la Sentencia objeto de nuestro comentario.

Debe quedar claro en cualquier caso que aun cuando la transferencia puede realizarse —y será lo más frecuente— con una finalidad de pago o cumplimiento, no siempre tiene por qué ser así y, por tanto, hay que diferenciar entre la finalidad típica de la transferencia —realizar una remisión de fondos del ordenante al beneficiario— y las finalidades concretas —entre las que se incluyen la de extinguir deudas de carácter pecuniario— que subyacen bajo cada particular movimiento de fondos.

III. LAS RELACIONES ENTRE EL ORDENANTE Y SU BANCO

1. Introducción

En toda transferencia intervienen al menos tres partes: el ordenante, que es la persona física o jurídica que da la orden al banco y cuya cuenta es debitada (la mercantil C., S.A.); el beneficiario, persona a cuyo favor se emite la orden de transferencia y que verá acreditada su cuenta con la suma transferida (D. Rafael F.M.); y un banco (Banco de E. de C., S.A.). Todo ello cuando, como en la Sentencia objeto de comentario, el ordenante y el beneficiario tienen sus cuentas en la misma entidad (en este caso, el banco E. de C., S.A. actuaría como banco del ordenante y como banco del beneficiario). Si el ordenante y el beneficiario mantuvieran sus cuentas en entidades distintas, la ejecución de la operación requeriría, según los casos, la intervención de dos (banco del ordenante y banco del beneficiario) o más bancos (además del banco del ordenante y del banco del beneficiario, de los bancos intermediarios)⁽⁶⁾. Entre todas las partes que intervienen en la ejecución de la transferencia se generan —o pueden generarse— relaciones jurídicas, siendo de interés para nuestro comentario las que se establecen entre el ordenante y su banco, para determinar el contenido de la obligación de este último y las normas que han de regir su actuación.

⁽⁶⁾ Sobre esta cuestión vid. más ampliamente ALVARADO HERRERA, L., *La transferencia...*, cit., págs. 42 y ss.

2. Naturaleza jurídica

En opinión de la doctrina, las relaciones del ordenante con su banco participan de la naturaleza del mandato ⁽⁷⁾. La calificación de estas relaciones como de mandato deriva de la concepción de la transferencia bancaria como una operación que se desarrolla en el marco de un contrato de cuenta corriente o de cuenta de ahorro a la vista, contratos que son reconducibles al mandato. Aunque en la Sentencia objeto de nuestro comentario no se dice expresamente que exista una relación de cuenta bancaria entre el ordenante (la mercantil C., S.A.) y su banco (Banco E. de C., S.A.) presumimos que se da dicha relación, ya que es lo más habitual.

En efecto, elemento característico del contrato de cuenta corriente y del de cuenta de ahorro es la prestación por parte del banco de un servicio de caja, en virtud del cual el banco se obliga a realizar pagos y cobros por cuenta y en interés de sus clientes, siguiendo sus órdenes o instrucciones, y a admitir ingresos o reintegros por parte de éstos ⁽⁸⁾. Es la obligación que existe a cargo del banco de prestar este servicio de caja la que permite descubrir en la cuenta corriente y en la cuenta de ahorro el elemento del mandato ⁽⁹⁾.

⁽⁷⁾ Vid., entre otros, GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, cit., pág. 554; MOTOS GUIRAO, M., “Sobre si el ingreso en la cuenta corriente bancaria del acreedor libera al deudor”, *RDM*, 68 (1958), pág. 269; GIRÓN TENA, J., “Contribución al estudio de la transferencia bancaria”, en *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, pág. 432; SEQUEIRA MARTÍN, A., “La transferencia de crédito”, en *Contratos bancarios* (dir. R. GARCÍA VILLAYERDE), Madrid, 1992, pág. 513; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Observaciones...”, cit., págs. 38 y ss.; SANTINI, G., *Il bancogiro*, cit., pág. 137; CABRILLAC, M., *Le Chèque et le virement*, 5.^a ed., París, 1980, pág. 216; DEVEZE, J. y PETEL, P.H., *Droit...*, cit., pág. 248; RIVES-LANGE, J.L. y CONTAMINE-RAYNAUD, M., *Droit bancaire*, 6.^a ed., París, 1995, pág. 285.

⁽⁸⁾ Vid. GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, cit., pág. 158; EMBID IRUJO, J.M., “Contrato bancario y cuenta corriente bancaria. Las prestaciones: el llamado servicio de caja. El secreto bancario. El deber de información. La responsabilidad”, en *Contratos bancarios* (dir. R. GARCÍA VILLAYERDE), Madrid, 1992, pág. 98; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria”, *RDBB*, 23 (1986), pág. 641; GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., “La cuenta corriente bancaria en descubierta y los contratos de crédito: criterios para una interpretación legal y contractual”, *RDBB*, 18 (1985), pág. 417; FERRI, G., “Conto corrente di corrispondenza”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milán, 1961, pág. 666; MOLLE, G., “Conto corrente bancario”, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. IV, Turín, 1957 (ristampa 1981), pág. 415; RIVES-LANGE, J.L. y CONTAMINE-RAYNAUD, M., *Droit...*, cit., pág. 265. Sobre el contenido del servicio de caja vid., además, la SAP de Córdoba de 21 de junio de 1994 (AC 1094).

⁽⁹⁾ Vid., entre otros, GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, cit., pág. 125; GIRÓN TENA, J., “Contribución...”, cit., pág. 425; SEQUEIRA MARTÍN, A., “La transferencia...”, cit., pág. 513; VÁZQUEZ PENA, M.J., “Actuación errónea de la entidad bancaria y forma de la

La existencia de un mandato en los contratos de cuenta corriente y de cuenta de ahorro llevaría a afirmar que a las relaciones entre el ordenante y su banco les son aplicables los preceptos del mandato. Ahora bien, nuestro Código de comercio regula de forma expresa el mandato mercantil, es decir, el contrato de comisión. Se hace necesario, en consecuencia, determinar si a la cuenta corriente y a la cuenta de ahorro les son aplicables las normas de la comisión, y, por tanto, si las relaciones entre el ordenante y su banco se regirían por los preceptos de este contrato. El artículo 244 del CCo exige para configurar al mandato como comisión que el comitente o el comisionista sean comerciantes (elemento subjetivo) y que la prestación a realizar por el comisionista consista en un acto u operación de comercio (elemento objetivo). El elemento subjetivo no plantea problemas, ya que no se pone en duda el carácter de comerciante del banco⁽¹⁰⁾. Por lo que respecta al elemento objetivo, puede afirmarse con carácter general que las operaciones bancarias —entre ellas las que se realizan en el marco de una cuenta corriente o de una cuenta de ahorro— son actos de comercio⁽¹¹⁾. La concurrencia del elemento subjetivo y del objetivo en el mandato implícito en los contratos de cuenta corriente y de cuenta de ahorro determina que resulten aplicables a las operaciones efectuadas en el marco de la misma —entre ellas, la transferencia bancaria— los preceptos del Código de comercio relativos a la comisión. En lo no previsto en ellos será de aplicación, por disposición expresa del artículo 50 del CCo, las normas del mandato civil (arts. 1709 y ss. CC)⁽¹²⁾.

orden de transferencia. Comentario a la Sentencia de la AP de Málaga (Sección 4.ª), de 30 de octubre de 1997”, *RDBB*, 73 (1999), pág. 211; *idem*, *La transferencia...*, cit., pág. 195; CAMPOBASSO, G.F., *Bancogiro...*, cit., pág. 87; FERRI, G., “Conto corrente...”, cit., pág. 667; MOLLE, G., “I contratti bancari”, en *Tratato di Diritto Civile e Commerciale dir. da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni*, vol. XXXV, t. 1, 4.ª ed., Milán, 1981, pág. 490; FIORENTINO, A., *Le operazioni bancarie*, 2.ª ed., Nápoles, 1952, págs. 222 y 243.

(10) Vid. VEGA PÉREZ, F., “La domiciliación bancaria de recibos”, *RDBB*, 14 (1985), pág. 354; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Consideraciones...”, cit., pág. 640, nota núm. 6.

(11) Vid., en este sentido, GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, cit., pág. 11. Además, el artículo 175 del CCo enumera una serie de operaciones que corresponden a las compañías de crédito, entre las que se incluyen (8.ª) la de “efectuar por cuenta de otras Sociedades o personas toda clase de cobros o de pagos, y de ejecutar cualquier otra operación por cuenta ajena”.

(12) Sobre la aplicación subsidiaria de las normas del mandato civil vid. MOTOS GUIRAO, M., “Sobre...”, cit., pág. 269; SEQUEIRA MARTÍN, A., “La transferencia...”, cit., 514; VÁZQUEZ PENA, M.J., *La transferencia...*, cit., pág. 207.

3. La orden de transferencia

Las operaciones que lleva a cabo el banco en la ejecución del servicio de caja requieren un impulso o declaración de voluntad de sus clientes que ponga en marcha la operación, siendo frecuente en el lenguaje bancario el empleo del término *orden* para hacer referencia a estas manifestaciones de voluntad⁽¹³⁾. Cuando se trata de una transferencia, el acto del ordenante que pone en marcha esta operación se denomina *orden de transferencia*. Mediante la emisión de la orden el cliente-ordenante ordena a su banco que transfiera una determinada cantidad al beneficiario, facultándole para adeudar su cuenta. Cumple así la orden de transferencia una doble función: sirve como *autorización* al banco para adeudar la cuenta del ordenante y como *orden* de transferir los fondos al beneficiario.

La orden de transferencia funciona como *causa* de la operación, es decir, como causa de la remisión de fondos al beneficiario. En consecuencia, la atribución de fondos que el Banco E. de C., S.A., realiza a favor de D. Rafael F.M. debe obedecer a la existencia de una orden de transferencia de la mercantil C., S.A. al Banco E. de C., S.A. Sin orden de transferencia la posible atribución de fondos al beneficiario (cuestión sobre la que nos detendremos más adelante) carecería de causa y, por tanto, de validez.

A) Naturaleza de la orden de transferencia

Como se indicó anteriormente, en la realización de los cobros y pagos el banco no tiene la iniciativa, sino que ha de obedecer las órdenes de sus clientes. Estas órdenes cumplen una función esencial: especifican o determinan la obligación genérica (realización de cobros y pagos) asumida por el banco en los contratos de cuenta corriente y de cuenta de ahorro⁽¹⁴⁾. Se observa en este punto que estas órdenes desempeñan la función que en el contrato de mandato y de comisión cumplen las *instrucciones* u *órdenes*⁽¹⁵⁾. La naturaleza de la orden de transferencia se explica, de esta manera, desde su consideración de mera *instrucción* u *orden* en el ámbito de un contrato de comisión (cuenta corriente o cuenta de ahorro).

(13) Vid. GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, cit., pág. 161; FERRI, G., “Conto corrente...”, cit., pág. 667.

(14) Vid. VÁZQUEZ PENA, M.J., *La transferencia...*, cit., pág. 214, CAMPOBASSO, G.F., *Bancogiro...*, cit., pág. 93; SANTINI, G., *Il bancogiro*, cit., págs. 34-35.

(15) Sobre la función de especificación o determinación que desempeñan las órdenes o instrucciones en el contrato de comisión vid. GARRIDO, J.M., *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Madrid, 1995, págs. 10, 65 y 68-69.

La calificación como instrucción permite afirmar que la orden de transferencia es un acto unilateral, declarativo y de carácter recepticio⁽¹⁶⁾. Como acto declarativo, la orden de transferencia carece de fuerza vinculante autónoma. Esto no quiere decir que el banco no esté obligado a ejecutar las órdenes de transferencia que reciba de sus clientes; lo que significa es que la fuerza obligatoria de la orden no reside en la propia orden, sino en el contrato de cuenta corriente o de cuenta de ahorro⁽¹⁷⁾. Por esta razón se afirma que la orden de transferencia constituye una demanda de ejecución de un contrato preexistente⁽¹⁸⁾. La orden de transferencia no es, en consecuencia, una propuesta de contrato que el banco haya de aceptar para estar obligado a ejecutarla⁽¹⁹⁾; el banco deberá cumplir la orden una vez que la haya recibido sin necesidad de aceptación⁽²⁰⁾, ya que queda obligado por su simple recepción⁽²¹⁾.

Distinto sería si el banco no estuviera vinculado con el ordenante por un contrato de cuenta corriente o de cuenta de ahorro. En este caso no podría hablarse propiamente de una orden de transferencia sino de una *orden de abono*. Al no existir un contrato previo entre la entidad y el ordenante, la orden de abono se configuraría no como una demanda de ejecución de un contrato preexistente, sino como una propuesta de contrato que el banco puede aceptar o no. En cualquier caso, a pesar de la diferencia apuntada, una vez que el banco acepta cursar la orden de abono se aplicaría a esta operación el mismo régimen jurídico que a la transferencia⁽²²⁾.

(16) Vid. GARRIDO, J.M., *Las instrucciones...*, cit., pág. 65.

(17) Vid. GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, cit., pág. 162; SANTINI, G., *Il bancogiro*, cit., pág. 23.

(18) Vid. LANGLE, E., *Manual de Derecho mercantil español*, vol. 3.º, Barcelona, 1959, pág. 453.

(19) Vid., en general, para todas las órdenes relativas a operaciones que integran el servicio de caja, GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, cit., pág. 162. En relación con la transferencia vid. CAMPOBASSO, G.F., *Bancogiro...*, cit., pág. 93 y SANTINI, G., *Il bancogiro*, cit., pág. 23.

(20) Vid. SANTINI, G., *Il bancogiro*, cit., pág. 23; VÁZQUEZ PENA, M.J., *La transferencia...*, cit., pág. 203; ALVARADO HERRERA, L., *La transferencia...*, cit., págs. 77-78.

(21) Vid. SANTINI, G., *Il bancogiro*, cit., págs. 22-23; SALANDRA, V., "Ordine di bancogiro e conto corrente bancario", *Foro italiano* (1929), I, pág. 485.

(22) Sobre esta cuestión vid. más ampliamente ALVARADO HERRERA, L., *La transferencia...*, cit., págs. 38-40.

B) Forma y contenido de la orden de transferencia

La orden de transferencia no está sujeta, en principio, a determinados requisitos de forma ni de contenido ⁽²³⁾: basta cualquier declaración dirigida por el ordenante a su entidad en la que conste la voluntad de realizar una transferencia ⁽²⁴⁾.

Ahora bien, la orden debe tener un contenido mínimo, ya que de lo contrario la entidad no podrá ejecutarla. Así, debe figurar al menos la cantidad que ha de transferirse, la cuenta a debitar —de gran importancia si el ordenante tiene más de una cuenta en el banco—, la identidad del beneficiario, el banco y sucursal donde se encuentra su cuenta y el número de ésta ⁽²⁵⁾, pudiendo expresarse todos estos datos en letras, cifras o claves. La orden debe estar fechada y autenticada y puede incluirse, además, una descripción breve del origen de la transferencia. La actividad de completar los datos mencionados se simplifica en gran medida, ya que los bancos suelen poner a disposición de sus clientes modelos impresos de órdenes de transferencia.

La orden de transferencia puede revestir cualquier forma: oral, escrita o electrónica. Los medios de transmisión de la orden son muy variados: correo, fax, telegrama, télex, entrega personal en la oficina bancaria, remisión de las órdenes en soporte magnético, impulsos electrónicos emitidos desde un cajero automático, conexión del ordenador del cliente con el ordenador de la entidad, etc. ⁽²⁶⁾. Ahora bien, no todo cliente de un banco podrá utilizar todas las formas de emisión y transmisión descritas. La forma concreta en que un cliente podrá ordenar transferencias a su banco dependerá de lo pactado en el contrato de

⁽²³⁾ Vid. GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, cit., pág. 560.

⁽²⁴⁾ Vid. CABRILLAC, M., *Le Chèque...*, cit., pág. 201; VÁZQUEZ PENA, M.J., *La transferencia...*, cit., pág. 214; *idem*, “Actuación errónea...”, cit., pág. 221.

⁽²⁵⁾ Vid. INSTITUTO SUPERIOR DE TÉCNICAS Y PRÁCTICAS BANCARIAS, *Diccionario Enciclopédico Profesional de Finanzas y Banca*, t. III, Madrid, 1992, pág. 667; CABRILLAC, M., *Le Chèque...*, cit., pág. 202; DEVEZE, J. y PETEL, P.H., *Droit...*, cit., pág. 243; ELLINGER, E.P., “The giro system and electronic transfers of funds”, *LLMCLQ* (1986), pág. 179.

⁽²⁶⁾ Vid. CABRILLAC, M., *Le Chèque...*, cit., págs. 201-202; DEVEZE, J. y PETEL, P.H., *Droit...*, cit., pág. 243; RIVES-LANGE, J.L. y CONTAMINE-RAYNAUD, M., *Droit...*, cit., pág. 283; JEANTIN, M., *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté*, 4.^ª ed., París, 1995, pág. 97; INSTITUTO SUPERIOR DE TÉCNICAS Y PRÁCTICAS BANCARIAS, *Diccionario...*, cit., t. III, pág. 667; BONNEAU, TH., *Droit bancaire*, París, 1994, pág. 245; VÁZQUEZ PENA, M.J., *La transferencia...*, cit., págs. 126-127.

cuenta corriente o de ahorro⁽²⁷⁾, así como de lo estipulado en otros contratos accesorios al de cuenta corriente y de ahorro: contrato de Banca Telefónica, contrato de Banca Electrónica, contrato de Tarjeta de débito que permite el acceso a los cajeros automáticos, etc.

4. Obligaciones del banco del ordenante

Aunque la transferencia no es un contrato y no puede hablarse, por tanto, de un contenido obligacional del contrato, la recepción de una orden de transferencia genera una serie de obligaciones para el banco del ordenante. Las más relevantes son las de ejecutar el encargo recibido de acuerdo con las instrucciones del ordenante y la de rendir cuentas a éste al término de su actuación.

A) Obligación de ejecutar el encargo recibido

La obligación principal del banco del ordenante en tanto que comisionista de su cliente es la de ejecutar o cumplir el encargo recibido (art. 1718 CC)⁽²⁸⁾. En nuestro caso, el Banco E. de C., S.A. ha cumplido el encargo, ya que según se deduce de los fundamentos de derecho, el importe de la primera orden de transferencia (2.033.471 ptas.) fue acreditado en la cuenta de D. Rafael F.M. La obligación de ejecución surge con la recepción de la orden⁽²⁹⁾, sin que sea necesaria —como vimos— su aceptación por haberse obligado anteriormente el banco en virtud del contrato de cuenta corriente o de cuenta de ahorro.

No existe acuerdo en la doctrina sobre el alcance de la obligación del banco del ordenante cuando en la operación interviene más de un banco. Esta cuestión es de gran importancia, ya que únicamente conociendo el contenido de dicha obligación podrán determinarse los posibles incumplimientos en que pueda incurrir el banco del ordenante y la responsabilidad a él exigible. Hay quien opina que el banco del ordenante se obliga exclusivamente a transmitir la orden al siguiente banco en la cadena (banco intermediario o banco del beneficiario, según el tipo de transferencia de que se trate) y a elegir un adecuado banco

(27) Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Observaciones...”, cit., pág. 40; SEQUEIRA MARTÍN, A., “La transferencia...”, cit., pág. 515; CABRILLAC, M., *Le Chèque...*, cit., pág. 202.

(28) Vid., entre otros, GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, cit., pág. 560; CABRILLAC, M., *Le Chèque...*, cit., pág. 217; DEVEZE, J. y PETEL, P.H., *Droit...*, cit., pág. 248; VEZIAN, J., *La responsabilité du banquier en droit privé français*, París, 1983, pág. 77; CAMPOBASSO, G.F., *Bancogiro...*, cit., pág. 135.

(29) Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Observaciones...”, cit., pág. 41.

intermediario (cuando sea necesaria su intervención). Esta posición excluye toda posibilidad de que el banco del ordenante responda ante su cliente por los actos de otros bancos. Otro sector de la doctrina entiende, por el contrario, que el banco del ordenante se obliga a realizar el completo movimiento de fondos entre el ordenante y el beneficiario. Esta segunda postura deja abierta la vía a una posible responsabilidad del banco del ordenante por los actos de otros bancos intervinientes en la operación. En nuestra opinión, la consecución de un equilibrio entre los intereses del ordenante y los de su banco requiere partir de un contenido amplio de la obligación del banco del ordenante. En concreto, la obligación de éste consistiría en hacer llegar los fondos hasta el banco del beneficiario, por lo que respondería frente a su cliente —ordenante— de la actuación de los bancos intermediarios pero no de los actos del banco del beneficiario⁽³⁰⁾.

En la ejecución del encargo el banco deberá ajustarse a las instrucciones del ordenante⁽³¹⁾; en caso contrario incurrirá en responsabilidad⁽³²⁾. Tiene el banco del ordenante, además, el deber de defender los intereses de su cliente, deber que encuentra diversas manifestaciones en la operación de transferencia. En primer lugar, el banco no puede adoptar una actitud pasiva ante las órdenes incompletas o en las que exista alguna contradicción, concretamente en la información relativa a la suma que ha de transferirse (discrepancias entre el importe de la transferencia expresado en palabras y el expresado en números, o en el importe expresado dos veces de la misma forma). Cuando se trata de órdenes incompletas, en el caso de que el banco no pueda subsanar por sí mismo las carencias deberá ponerse en contacto con el ordenante, de quien se reclamarán ulteriores instrucciones⁽³³⁾. Ello en aplicación del artículo 255 del CCo, que impone al comisionista la obligación de restablecer la comunicación con el

(30) Sobre esta cuestión vid., más ampliamente, ALVARADO HERRERA, L., *La transferencia...*, cit., págs. 117 y ss.

(31) Vid., entre otros, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Observaciones...”, cit., pág. 42; DEVEZE, J. y PETEL, P.H., *Droit...*, cit., pág. 248; ELLINGER, E.P., “The giro system...”, cit., pág. 199; GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, cit., pág. 163. El Servicio de Reclamaciones del Banco de España entiende que la desatención de las instrucciones del cliente es contraria a las exigencias de la buena práctica bancaria (vid. Reclamación núm. 319/91, en *Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente al año 1992*, Servicios jurídicos del Banco de España, pág. 66).

(32) Vid. art. 254 CCo.

(33) Vid. COSTA, C., “Bancogiro internazionale e Diritto italiano”, *BBTC*, I (1992), pág. 534, nota núm. 36; CABRILLAC, M., *Le Chèque...*, cit., pág. 202.

comitente⁽³⁴⁾. En segundo lugar, el banco del ordenante deberá suspender la ejecución de la transferencia cuando un accidente no previsto hiciera a su juicio “*arriesgada o perjudicial la ejecución de las instrucciones recibidas*”, debiendo además poner en conocimiento del cliente esta circunstancia por el medio más rápido posible (art. 255, párrafo segundo del CCo)⁽³⁵⁾. Este deber del banco es una manifestación de la regla de conducta que ha de presidir la actuación del comisionista. En efecto, el comisionista —en nuestro caso, el banco del ordenante— no puede actuar como un autómatas en la ejecución de las instrucciones recibidas de su comitente —ordenante de la transferencia—, sino que ha de velar en todo caso por los intereses de éste⁽³⁶⁾.

La obligación de ejecución del banco del ordenante está subordinada a la existencia de fondos en la cuenta del ordenante, actuando el saldo disponible como la necesaria provisión de fondos del comitente al comisionista. Si no existen fondos disponibles, el banco no estará obligado a ejecutar la orden⁽³⁷⁾ (art. 250, párrafo primero del CCo).

Puede ocurrir que el cliente y el banco hayan pactado a la hora de formalizar el contrato de cuenta corriente (o de ahorro) la realización de transferencias en descubierto. En este caso, tal y como establece el artículo 251 del CCo, el banco estará obligado a adelantar los fondos y a ejecutar la transferencia. Además el banco, aunque no haya pactado previamente con su cliente la ejecución de transferencias en descubierto, podrá adelantar los fondos —cosa que hará si el cliente merece su confianza— dando curso a la orden de transferencia reci-

(34) El problema de las órdenes incompletas es subsumible en el más amplio de la insuficiencia de las instrucciones para la ejecución de la comisión, situación ante la cual el comisionista —por aplicación del artículo 255, párrafo primero del CCo— debe en primer lugar solicitar las instrucciones necesarias al comitente (vid. GARRIDO, J.M., *Las instrucciones...*, cit., pág. 112).

(35) Vid. GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, cit., págs. 163 y 560-561; SEQUEIRA MARTÍN, A., “La transferencia...”, cit., pág. 517. Aunque el precepto dice expresamente que el comisionista “*podrá suspender*” el cumplimiento de la comisión, entiende GARRIGUES (*Tratado de Derecho Mercantil*, T. III, vol. 1.º, Madrid, 1963, pág. 467) que quizás debieran interpretarse estas palabras en el sentido de que *deberá* suspender la ejecución de la comisión. Y, efectivamente, esto es lo más lógico, ya que si el comisionista advierte la inadecuación de las instrucciones, y aun así ejecuta la comisión —por estar solamente *facultado* para suspenderla— de conformidad con esas instrucciones, el comitente se vería perjudicado.

(36) Cfr. GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, cit., págs. 561 y 163-164.

(37) Vid. por todos SEQUEIRA MARTÍN, A., “La transferencia...”, cit., pág. 514. En los contratos de cuenta corriente y de ahorro suele figurar una cláusula en la que se señala que el banco no aceptará giros u órdenes de pago en descubierto (vid. SÁNCHEZ-CALERO GUI-LARTE, J., “Consideraciones...”, cit., pág. 655).

bida⁽³⁸⁾. Si el banco del ordenante ejecuta una orden de transferencia en la creencia errónea de que en la cuenta de su cliente existían fondos suficientes no podrá reclamar la suma del beneficiario, sino que deberá dirigirse al ordenante (art. 1728 CC y art. 278 CCo)⁽³⁹⁾.

B) Obligación de rendir cuentas

El carácter de comisionista que tiene el banco del ordenante le impone la obligación de rendir cuentas de su actuación al ordenante⁽⁴⁰⁾ (arts. 1720 CC y 263 CCo), obligación que se concreta en el caso de la transferencia en el envío del extracto periódico de la cuenta en el que se indica la realización del cargo⁽⁴¹⁾.

Las entidades suelen entregar a sus clientes además de estos extractos periódicos justificantes de los cargos realizados con ocasión de las operaciones ordenadas; son los denominados *avisos de débito*. Así, en el caso de la transferencia, el ordenante recibe un documento en el que se hace constar el cargo realizado en su cuenta como consecuencia de la ejecución de la orden de transferencia⁽⁴²⁾. Pues bien, en estos casos el banco cumple con su obligación de rendir cuentas mediante el envío de los avisos de débito (en estos avisos suele constar el cargo realizado, los gastos y comisiones cobrados al ordenante, los datos del beneficiario, el concepto por el que se ordenó la transferencia, la fecha valor de la operación, etc.).

(38) Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Consideraciones...”, cit., pág. 665; FERRI, G., “Conto corrente...”, cit., pág. 667; GIANNANTONIO, E., “Trasferimenti elettronici dei fondi e adempimento”, *Foro italiano* (1990), V, pág. 172.

(39) Vid., en este sentido, BOIX SERRANO, R., *Curso...*, cit., pág. 192; GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, cit., pág. 563; SEQUEIRA MARTÍN, A., “La transferencia...”, cit., pág. 519; CABRILLAC, M., *Le Chèque...*, cit., pág. 223; GRÚA, F., *Contrats bancaires*. T. 1. *Contrats de services*, París, 1990, pág. 160.

(40) Vid. DEVEZE, J. y PETEL, P.H., *Droit...*, cit., pág. 249; CABRILLAC, M., *Le Chèque...*, cit., pág. 218; VEZIAN, J., *La responsabilité...*, cit., pág. 77; GRÚA, F., *Contrats...*, cit., t. 1, pág. 162.

(41) Vid. COSTA, C., “Bancogiro...”, cit., pág. 355; CAMPOBASSO, G.F., *Bancogiro...*, cit., pág. 150, nota núm. 28. Las condiciones generales que regulan los contratos de cuenta corriente y de ahorro suelen establecer de forma genérica que el envío de los extractos se realizará periódicamente, pactándose con cada cliente la periodicidad con la que recibirá los extractos, siendo el plazo normalmente estipulado de tres o seis meses. Si no se pacta nada, la periodicidad con la que se envían los extractos quedará a criterio de la entidad. En este último caso, la remisión del extracto dependerá de los movimientos que registre la cuenta, de forma que realizado un determinado número de movimientos se procederá a la remisión del extracto.

(42) Vid. GRÚA, F., *Contrats...*, cit., t. 1, pág. 162.

El funcionamiento de la libreta de ahorro a la vista determina que la rendición de cuentas se produzca de manera diferente cuando el cliente ordena la transferencia con cargo a una cuenta de ahorro. En efecto, es nota distintiva de las cuentas o libretas de ahorro a la vista frente a las cuentas corrientes la inexistencia en las primeras de la obligación del banco de enviar los extractos de cuenta, envío que se sustituye por la contabilización de las operaciones en la propia libreta⁽⁴³⁾. El cumplimiento por parte del banco de su obligación de rendir cuentas requiere en estos casos la colaboración del cliente, que deberá poner al día o actualizar su libreta. No obstante, hay que tener en cuenta que también los bancos suelen enviar avisos de débito cuando el cargo se realiza en una cuenta o libreta de ahorro.

IV. EL ERROR DEL BANCO EN LA EJECUCIÓN DE LA ORDEN DE TRANSFERENCIA

En la ejecución de una orden de transferencia pueden producirse errores cometidos bien por el ordenante bien por los bancos que intervienen en la operación (banco del ordenante, bancos intermediarios o banco del beneficiario)⁽⁴⁴⁾. El error puede producirse en la identificación del beneficiario (se identifica al beneficiario solamente por el número de cuenta y éste es erróneo) o en la cuantía del importe que ha de transferirse (se desean transferir 100.000 pesetas y en su lugar se indica 1.000.000 de pesetas o 10.000 pesetas). El error puede consistir en la emisión de un duplicado erróneo de la orden de transferencia (se envía dos veces la misma orden) o en la existencia de discrepancias en los datos consignados (se identifica al beneficiario por el número de cuenta y por el nombre y ambos no coinciden, o se indica el importe de la transferencia en letras y en números y existe una contradicción entre ellos), etc.⁽⁴⁵⁾

En el caso que nos ocupa nos encontramos ante un error del banco (Banco E. de C., S.A.), error que consiste en la emisión de un duplicado erróneo. Como consecuencia de la ejecución de ese duplicado erróneo, el beneficiario de la primera orden de transferencia (Rafael F.M.) —que sí era correcta— recibe por segunda vez en su cuenta el importe de esa primera orden de transferencia. La cuestión central es si el beneficiario puede retener los fondos correspondientes a la segunda orden de transferencia (el duplicado erróneo) alegando que, a pesar del error, esa cantidad le era debida por el ordenante (la mercantil C., S.A.).

(43) Vid. MONGE GIL, A.L., “Algunos aspectos de las libretas que documentan imposiciones a plazo y de las libretas de ahorro”, *RDBB*, 62 (1996), pág. 333.

(44) Vid. VÁZQUEZ PENA, M.J., *La transferencia...*, cit., pág. 238.

(45) Vid. ALVARADO HERRERA, L., *La transferencia...*, cit., pág. 283.

La doctrina suele afrontar el problema del error que da lugar a que el beneficiario reciba fondos de más en su cuenta diferenciando entre si la cantidad erróneamente acreditada le era o no debida al beneficiario por el ordenante⁽⁴⁶⁾. En el caso de que la cantidad no le fuera debida, la doctrina coincide en afirmar que el banco puede repetir contra el beneficiario alegando *cobro de lo indebido* (arts. 1895 y ss. CC)⁽⁴⁷⁾, aunque el banco soporta siempre el riesgo de que el beneficiario no pueda restituir los fondos, por ejemplo, porque sea insolvente. No hay, sin embargo, acuerdo entre los autores cuando como consecuencia del error el beneficiario recibe en su cuenta una cantidad que el ordenante le debía. Hay quien opina que en este caso el banco no puede reclamar la restitución de los fondos al beneficiario alegando cobro de lo indebido⁽⁴⁸⁾; el beneficiario estaría, por tanto, legitimado para retener los fondos. Se produciría un pago por cuenta de tercero⁽⁴⁹⁾ (el banco paga al beneficiario por cuenta del ordenante), pudiendo el banco que cometió el error reclamar al ordenante la cantidad entregada al beneficiario⁽⁵⁰⁾. Trasladando esta opinión a los hechos que son objeto de la Sentencia, D. Rafael F.M. estaría legitimado para retener los fondos en su poder y la deuda que mediaba entre él y la mercantil C., S.A. quedaría saldada: el Banco E. de C., S.A. habría pagado por cuenta de la mercantil C., S.A. y, lógicamente, aquél podrá reclamar a ésta el importe de la

(46) Vid. VÁZQUEZ PENA, M.J., “Actuación errónea...”, cit., pág. 225; SEQUEIRA MARTÍN, A., *La transferencia...*, cit., págs. 518 y ss.

(47) Vid. SEQUEIRA MARTÍN, A., *La transferencia...*, cit., pág. 518; ALVARADO HERRERA, L., *La transferencia...*, cit., pág. 285; CABRILLAC, M., *Le Chèque...*, cit., pág. 224; DEVEZE, J. y PETEL, P.H., *Droit...*, cit., pág. 253; HAMEL, J. y LAGARDE, G. y JAUFRET, A., *Traité de Droit commercial*, t. 2.º, París, 1966, pág. 789; VÁZQUEZ PENA, M.J., *La transferencia...*, cit., 240; *idem*, “Causa de la orden de transferencia y cobro de lo indebido (Comentario de la STS, Sala Primera, de 10 de abril de 1995), *RDBB*, 67 (1997), pág. 954; *idem*, “Actuación errónea...”, cit., pág. 225. En opinión de este último autor, la entidad bancaria deberá indemnizar los daños y perjuicios que con su actuación haya ocasionado al ordenante-consumidor, salvo que se trate de un supuesto de error fortuito, es decir, aquel error que no hubiera podido preverse o que, previsto, fuera inevitable —art. 1105 CC— (“Actuación errónea...”, cit., págs. 225-226).

(48) Vid. SEQUEIRA MARTÍN, A., *La transferencia...*, cit., págs. 518-519.

(49) Art. 1158 CC.

(50) Vid. SEQUEIRA MARTÍN, A., *La transferencia...*, cit., pág. 518; en contra VÁZQUEZ PENA, M.J., “Actuación errónea...”, cit., págs. 227-228. Afirma este autor que no puede existir un pago por tercero, “*ya que la existencia de un animus solvendi o voluntad de pagar —total o parcialmente— por el deudor es esencial para que la conducta del tercero —la prestación realizada— quede subsumida en los arts. 1158 y 1159 CC; es decir, el pago efectuado por un tercero presupone su efectiva voluntad de que su acto libere de una deuda —total o parcialmente— a un deudor*”.

deuda (claro está que el Banco E. de C., S.A. soporta en este caso el riesgo de que la mercantil C., S.A. no pueda pagarle porque sea insolvente).

Hay quien, por el contrario, entiende que la solución ha de ser la misma en ambos casos; es decir, que tanto si la cantidad es debida al beneficiario como si no, el banco que comete el error puede repetir del beneficiario alegando cobro de lo indebido⁽⁵¹⁾. En este sentido se ha afirmado que no puede olvidarse que hay un error, es decir, que el banco actúa pensando que está cumpliendo un mandato o instrucción que en realidad no existe. En consecuencia, el abono realizado en la cuenta del beneficiario no trae causa de la voluntad del ordenante, sino de la voluntad errónea del banco. Por ello, el beneficiario se convierte frente al banco en acreedor de una cantidad que no tenía “*derecho a cobrar*” y que por error le ha sido “*indebidamente entregada*” (art. 1895 CC)⁽⁵²⁾.

A esta última conclusión —el banco puede repetir del beneficiario alegando cobro de lo indebido aun cuando la cantidad le fuera realmente debida por el ordenante—, llega la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia. En efecto, en sus fundamentos de derecho se afirma que “*concurren todos los requisitos exigidos para que pueda prosperar la acción de repetición basada en el cobro de lo indebido*” ya que el banco realizó un pago “*con la intención de extinguir la deuda, cuando ya no existía la obligación, pues ésta había sido ya pagada*” [el artículo 1901 del CC dispone que “*(S)e presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada...*”]. Se dice, además, que el beneficiario no puede alegar en ese proceso que el ordenante le debía la cantidad erróneamente abonada en su cuenta, “*por lo que si el demandado estima que la mercantil C., S.A., le adeudaba dicha cantidad deberá ejercitar la oportuna acción de reclamación de cantidad en otro proceso pero no en este en el que no es parte dicha sociedad*”.

En nuestra opinión, la solución a la que llega la Audiencia Provincial de Valencia es correcta (es decir, el banco está legitimado para reclamar al beneficiario el importe de la segunda orden de transferencia), pero no así la argumentación que ofrece. El error estriba en considerar que entre el banco y el beneficiario puede darse —y, de hecho, se afirma su existencia— una relación jurídica por cobro de lo indebido (en los fundamentos de derecho se dice expresamente que “*la relación jurídica por el cobro de lo indebido se constituye, en este caso, entre el Banco demandante y el demandado D. Rafael F.*”) cuando, en realidad, dicha relación (o su opuesta, el cobro de lo debido) sólo puede establecerse entre el ordenante y el beneficiario. En efecto, quien debe o no una cantidad al beneficiario es el ordenante, no el banco y, en consecuencia, para saber si existe

(51) Vid. VÁZQUEZ PENA, M.J., “Actuación errónea...”, cit., págs. 225-228.

(52) Cfr. VÁZQUEZ PENA, M.J., “Actuación errónea...”, cit., pág. 226.

o no cobro de lo indebido habrá que investigar si el ordenante debía o no la cantidad en cuestión al beneficiario.

Es más, puede afirmarse que acudir a la institución del cobro de lo indebido sólo tiene sentido cuando el error —que provoca que el beneficiario reciba en su cuenta fondos de más— es del ordenante, pero que no puede acudirse a esta figura cuando el error es de la entidad bancaria. En efecto, si el error del ordenante hace que el beneficiario reciba unos fondos que no se le debían, el ordenante podrá repetir de él alegando cobro de lo indebido. Si, por el contrario, la cantidad le era realmente debida, el ordenante no podrá reclamarla y se producen los efectos del pago (el acreedor queda satisfecho y el deudor liberado de su deuda).

Si el error procede del banco, la solución —como apuntábamos— no se encuentra en la institución del cobro de lo indebido (es decir, no hay que averiguar si existe o no un cobro de lo indebido), sino en la propia operativa de la figura de la transferencia. Señalamos más arriba que la remisión de fondos efectuada a favor del beneficiario debe obedecer a la existencia de una *orden de transferencia*. Cuando existe dicha orden, la atribución de fondos realizada al beneficiario tiene una causa, que es la orden de transferencia. Cuando falta esa orden —que es el caso que contempla la Sentencia— la atribución de fondos efectuada al beneficiario carece de causa y, en consecuencia, no sería válida. No cabe, pues, plantearse si el ordenante debía o no al beneficiario la cantidad erróneamente transferida. Siempre y en todo caso el banco podrá reclamar del beneficiario la cantidad indebidamente abonada en su cuenta alegando que la remisión de fondos efectuada a su favor carece de causa por no existir orden de transferencia.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Observaciones sobre la transferencia bancaria”, *CD y Com*, 17 (1995), págs. 31 y ss.; “Transferencia bancaria”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. IV, Madrid, 1995, págs. 6619 y ss.

ALVARADO HERRERA, L., “Introducción al concepto de transferencia bancaria”, *CD y Com*, 18 (1995), págs. 213 y ss.; *La transferencia bancaria*, Madrid, 1999.

AURIOLES MARTÍN, A., “La Directiva comunitaria sobre transferencias transfronterizas”, *DN*, 85 (1997), págs. 11 y ss.

BANCO DE ESPAÑA, *Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España* (1988-1999), Servicios jurídicos del Banco de España.

BERGSTEN, E.E., “UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers”, *Journal of International Banking Law*, 7 (1991), págs. 276 y ss.

- BOIX SERRANO, R., *Curso de Derecho Bancario*, Madrid, 1986.
- BOJER, L., “International credit transfers: the proposed EC Directive compared with the UNCITRAL Model Law”, *Journal of International Banking Law*, 10 (1995), págs. 223 y ss.
- BONNEAU, TH., *Droit bancaire*, París, 1994.
- CABRILLAC, M., *Le Chèque et le Virement*, 5.ª ed., París, 1980.
- CABRILLAC, M. y RIVES-LANGE, J.L., “Virement”, *Ency. Dalloz Dr. comm.*, págs. 1 y ss.
- CAMPOBASSO, G.F., *Bancogiro e moneta scritturale*, Bari, 1979; “Bancogiro”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. IV, Roma, 1988.
- COSTA, C., “Bancogiro internazionale e Diritto italiano”, *BBTC*, I (1992), págs. 346 y ss.
- DE JUGLART, M. e IPPOLITO, B., *Traité de Droit commercial*. T. VII. *Banques et Bourses*, 3.ª ed., por L.M. Martín, París, 1991.
- DE PAZ MARTÍN, J.L., “Las transferencias transfronterizas en la Unión Europea: la Directiva 97/5/CE”, *La Ley*, t. 6 (1998), págs. 2086 y ss.
- DEVEZE, J. y PETEL, PH., *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit*, París, 1992.
- DROUILLAT, R., *Le virement en banque*, París, 1931.
- ELLINGER, E.P., “The giro system and electronic transfers of funds”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly* (1986), págs. 178 y ss.
- EMBID IRUJO, J.M., “Contrato bancario y cuenta corriente bancaria. Las prestaciones: el llamado servicio de caja. El secreto bancario. El deber de información. La responsabilidad”, en *Contratos bancarios* (dir. R. GARCÍA VILLAVERDE), Madrid, 1992, págs. 91 y ss.
- FERRI, G., “Bancogiro”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. V, Milán, 1959, págs. 32 y ss.; “Conto corrente di corrispondenza”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milán, 1961, págs. 666 y ss.
- FIORENTINO, A., *Le operazioni bancarie*, 2.ª ed., Nápoles, 1952.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., “La cuenta corriente bancaria en descubierto y los contratos de crédito: criterios para una interpretación legal y contractual”, *RDBB*, 18 (1985), págs. 413 y ss.
- GARRIDO, J.M., *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Madrid, 1995.
- GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, t. III, vol. 1.º, Madrid, 1963; *Contratos bancarios*, 2.ª ed., Madrid, 1975; *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, 8.ª ed., Madrid, 1983.

GAVALDA, CH. y STOUFFLET, J., *Droit bancaire*, 3.^a ed., París, 1997.

GIANNANTONIO, E., “Trasferimenti elettronici dei fondi e adempimento”, *Foro italiano* (1990), V, págs. 166 y ss.

GIRÓN TENA, J., “Contribución al estudio de la transferencia bancaria” en *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, págs. 401 y ss.

GRÚA, F., *Contrats bancaires*. T. 1. *Contrats de services*, París, 1990.

HAMEL, J., LAGARDE, G. y JAUFFRET, A., *Traité de Droit commercial*, t. 2.^o, París, 1966.

HEINRICH, G.C., “International Initiatives towards legal harmonisation in the field of funds transfers, payments and payment systems (annotated bibliography)”, en *Transboundary payment transactions in the European Single Market*, Colonia, 1997, págs. 193 y ss.

INSTITUTO SUPERIOR DE TÉCNICAS Y PRÁCTICAS BANCARIAS, *Diccionario Enciclopédico Profesional de Finanzas y Banca*, tomos I, II y III, Madrid, 1992.

JEANTIN, M., *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté*, 4.^a ed., París, 1995.

LAFUENTE SÁNCHEZ, R., “Las transferencias transfronterizas en la Unión Europea: reflexiones sobre la Propuesta de Directiva”, *RDG*, 620 (1996), págs. 5003 y ss.

LANGLE, E., *Manual de Derecho mercantil español*, vol. 3.^o, Barcelona, 1959.

LOJENDIO OSBORNE, I., “La ley modelo de UNCITRAL sobre transferencias internacionales de crédito”, *RDM*, 207 (1993), págs. 205 y ss.; “El sistema de pagos en España”, en *Payment systems of the world*, Nueva York, 1994, págs. 277 y ss.; “La ley modelo sobre transferencias internacionales de crédito”, en *Instituciones del Mercado Financiero*, dir. A. Alonso Ureba y J. Martínez Simancas, vol. III, Madrid, 1999, págs. 1697 y ss.

MOLLE, G., “Conto corrente bancario”, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. IV, Turín, 1957 (ristampa 1981), págs. 414 y ss.; *I contratti bancari*, en *Tratato di Diritto Civile e Commerciale dir. da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni*, vol. XXXV, t. 1, 4.^a ed., Milán, 1981.

MONGE GIL, A.L., “Algunos aspectos de las libretas que documentan imposiciones a plazo y de las libretas de ahorro”, *RDBB*, 62 (1996), págs. 315 y ss. (publicado también en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, vol. I, Valladolid, 1998, págs. 827 y ss.).

MOTOS GUIRAO, M., “Sobre si el ingreso en la cuenta corriente bancaria del acreedor libera al deudor”, *RDM*, 68 (1958), págs. 245 y ss.

PERALES VISCASILLAS, M.P., “Transferencias bancarias: Directiva 97/5/CE, Ley Modelo de UNCITRAL y Artículo 4A UCC”, *DN*, 88 (1998), págs. 1 y ss.

RIVES-LANGE, J.L. y CONTAMINE-RAYNAUD, M., *Droit bancaire*, 6.^ª ed., París, 1995.

SALANDRA, V., “Ordine di bancogiro e conto corrente bancario”, *Foro italiano* (1929), I, págs. 481 y ss.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria”, *RDBB*, 23 (1986), págs. 633 y ss.

SANTINI, G., *Il bancogiro*, Bolonia, 1948; “Giroconto”, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. VII, Turín, 1961 (ristampa 1980), págs. 861 y ss.

SEQUEIRA MARTÍN, A., “La transferencia bancaria de crédito”, en *Contratos bancarios* (dir. R. GARCÍA VILLAVERDE), Madrid, 1992, págs. 491 y ss. (publicado también en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, T. III, Madrid, 1993, págs. 2531 y ss.).

THEVENOZ, L., “Error and fraud in wholesale funds transfers: UCC Article 4A and the UNCITRAL harmonization process” (artículo presentado en el *Financial Services Seminar*), Zurich, 1990.

VASSEUR, M., “Les transferts internationaux de fonds. La loi type des Nations Unies sur les virements internationaux. Les cartes de débit”, *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, II, 1993, págs. 117 y ss.

VÁZQUEZ PENA, M.J., “Causa de la orden de transferencia y cobro de lo indebido (Comentario de la STS, Sala Primera, de 10 de abril de 1995)”, *RDBB*, 67 (1997), págs. 905 y ss.; *La transferencia bancaria de crédito*, Madrid, 1998; “Actuación errónea de la entidad bancaria y forma de la orden de transferencia. Comentario a la Sentencia de la AP de Málaga (Sección 4.^ª), de 30 de octubre de 1997”, *RDBB*, 73 (1999), págs. 201 y ss.

VEGA PÉREZ, F., “La domiciliación bancaria de recibos”, *RDBB*, 14 (1985), págs. 345 y ss.

VEZIAN, J., *La responsabilité du banquier en droit privé français*, París, 1983.

LA FIRMA ESTAMPILLADA COMO CAUSA DE NULIDAD (QUE NO DE FALSEDAD) DEL CHEQUE

[Comentario a la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 17 de mayo de 2000]⁽¹⁾

JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Complutense*

FUNDAMENTOS DE DERECHO⁽²⁾

Primero.—Son antecedentes necesarios para la resolución de este recurso de casación los siguientes:

1.º La compañía mercantil “Anatronic, S.A.” abrió la cuenta corriente en la Agencia Verdaguer del “Banco Bilbao Vizcaya, S.A.”, sita en la Avenida Diagonal de Barcelona, y, a los efectos de disponer de los saldos de la misma, sólo tenía registrada la firma de D. Carlos C.M., apoderado de la entidad.

2.º La empleada de la actora D.ª Pilar O.B., que desempeñaba las funciones de Secretaria de Dirección, **presentó al cobro y consiguió hacer efectivos con cargo a aquella cuenta, durante el período com-**

prendido entre el 1 de enero de 1989 y el 16 de abril de 1991, distintos y numerosos cheques, en los cuales la firma del mencionado apoderado no aparece manuscrita sino estampillada.

3.º No se había pactado entre la compañía mercantil “Anatronic, S.A.” y el “Banco de Bilbao Vizcaya S.A.”, ni se permitió en ningún momento por aquella a la entidad bancaria el dar por buena y como auténtica otra firma que no fuera la manuscrita por el mencionado apoderado.

4.º Los cheques presentados al cobro son los que obraban en los talonarios presentados por la demandada a la actora.

5.º Han sido aportados a las actuaciones cheques donde figura la firma estampillada, **cuyo importe total asciende a la cantidad**

(1) Ponente: Sr. García Varela; La Ley —Jurisprudencia— número 5117. Viernes 11 de agosto de 2000, pp. 1 y 2

(2) Los apartados destacados en negrita lo han sido por el autor del comentario.

de 26.855.904 ptas., que ha sido la cantidad a la que la actora ha limitado su reclamación en la 2.ª instancia.

6.º D.ª Pilar O.B. **sustrajo cheques de unos talonarios, de los cuales sólo podía disponer el referido apoderado que tenía la firma reconocida, y ello durante un período cercano, en más o menos, a los dos años, sin que nadie de la empresa se diera cuenta de esta circunstancia.**

7.º La compañía mercantil “Anatronic, S.A.” demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía al “Banco Bilbao Vizcaya, S.A.” y entre otras peticiones, interesó la declaración del derecho a percibir la cantidad de 30.911.795 ptas.

El Juzgado acogió en parte la demanda y condenó la demandada a abonar la suma de 13.427.592 ptas., **en consideración a la aplicación del principio de equidad por la concurrencia de las conductas negligentes de igual gravedad** de los sujetos del pleito y sin cuya participación el daño producido no hubiera tenido efectividad, y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la de la Audiencia.

La compañía mercantil “Anatronic, S.A.” ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia por los motivos que se examinan a continuación.

Segundo.—Los tres motivos del recurso, todos con cobertura en el art. 1692.4 LEC—el primero, por infracción de los arts. 106.6 y 107 LCC, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada no ha valorado que los cheques pagados por la entidad de crédito demandada son nulos por carecer de la firma manuscrita del librador; el segundo, por transgresión del art. 156 LCC en conexión con el art. 1103 CC, ya que, según denuncia, la resolución de instancia no ha tenido en cuenta que dichos preceptos son de aplicación si se hubiera estado en presencia de un supuesto de cheques falsificados, pero no al tratarse de cheques nulos; y el tercero, por quebrantamiento de la doctrina jurisprudencial contenida en las SS. de 24 de mayo de 1988, 15 de julio de 1988 y 1 de

marzo de 1994 sobre la interpretación del citado art. 156— se examinan conjuntamente, por su unidad de planteamiento, y se estiman por las razones que se dicen seguidamente.

Corresponde sentar que no cabe en este recurso la revisión de los hechos que la sentencia de instancia declaró probados, sin embargo es misión casacional la calificación jurídica de los mismos y la aplicación adecuada de las normas; en este sentido, se consideran acreditados los particulares contenidos en los apartados 1.º y 6.º, inclusive, del fundamento de Derecho 1.º de esta resolución, que son los determinados de esa manera por la sentencia del Juzgado y no fueron desaprobados por la de la Audiencia.

Desde la óptica apuntada en el párrafo precedente, no cabe obviar que el art. 106 LCC determina los requisitos que debe contener el cheque y, en su ap. 6, se refiere, como uno de ellos, a la firma de quien expide dicho título, y el art. 107 de este texto legal dispone que el documento no se considera cheque si carece de alguno de los presupuestos indicados en el artículo precedente, por lo que, en este caso, **habida cuenta de que D.ª Pilar O.B. presentó al cobro y consiguó hacer efectivos distintos y numerosos talones, en los cuales la firma del antes mencionado apoderado no aparece manuscrita sino estampillada**, y que no se había pactado entre la compañía “Anatronic, S.A.” y el “Banco Bilbao Vizcaya, S.A.”, ni se permitió en ningún momento por aquella a la entidad bancaria el dar por buena y como auténtica otra firma que no fuera la manuscrita por el mencionado apoderado, **es evidente que el Banco ha abonado, como válidos, cheques nulos.**

La entidad bancaria está obligada a mantener una actitud diligente respecto al pago de cheques y debe verificar que el título está correctamente formado por el librador, de manera que ha de realizar una labor de comprobación de los requisitos intrínsecos y extrínsecos del talón, y en el supuesto de que mantenga una conducta negligente en las labores de comprobación

incurrirá en responsabilidad contractual **sin que sea aplicable aquí la regla del art. 156 LCC, que hace referencia a los cheques falsos o falsificados pero no a los nulos**, con indicación a que la responsabilidad indemnizatoria, correspondiente al librado por el daño resultante del pago de un cheque falso o falsificado, puede quedar excluida cuando el titular de la cuenta corriente haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques, o hubiere procedido con culpa, **ni la interpretación jurisprudencial de este precepto** con mención a que cuando, pese a la presencia de aquella, aparece asimismo una clara conducta de igual grado por parte del perjudicado —cuya concurrencia culposa, como en todos los casos de responsabilidad por culpa contractual o extracontractual, es, incluso, apreciable de oficio (SSTS de 18 octubre de 1992, 22 de abril de 1987, 7 de junio de 1991 y 18 de julio de 1995)— los Tribunales pueden moderar la responsabilidad del Banco y reducir en proporción su

obligación resarcitoria, mediante el reparto del daño con el titular de la cuenta.

Tercero.—La estimación de todos los motivos del recurso determina la casación de la sentencia recurrida, así como la revocación de la recaída en el Juzgado, y asumidas por esta Sala las funciones de la instancia, procede estimar en parte la demanda formulada por la compañía mercantil “Anatronic, S.A.”, en base a los razonamientos contenidos en el fundamento de Derecho precedente, y, en su consecuencia, declaramos el derecho de la actora a percibir del “Banco Bilbao Vizcaya, S.A.” la cantidad de 26.855.904 ptas., más los intereses legales de la misma a devengar desde la fecha de la sentencia del Juzgado.

Sin hacer expresa imposición de las costas causadas en las instancias y de este recurso de casación, de conformidad con lo establecido en los arts. 523, 710 y 1715 LEC, y con devolución del depósito constituido.

COMENTARIO

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LA RESOLUCIÓN COMENTADA.
 - II. MENCIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS MÁS RELEVANTES.
 - III. LA AUSENCIA DE CULPA EN LA TITULAR DE LA CUENTA CORRIENTE CONTRA LA QUE SE LIBRARON LOS CHEQUES.
 - IV. EL USO DE FIRMA ESTAMPILLADA NO GENERA LA FALSEDAZ O FALSIFICACIÓN DEL CHEQUE.
-

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LA RESOLUCIÓN COMENTADA

La STS de 17 de mayo de 2000 constituye una llamativa aportación jurisprudencial acerca del eventual significado de la firma estampillada en los cheques presentados al cobro como medio de disposición del saldo existente en una cuenta corriente. Ese contenido dota a la indicada resolución de un carácter novedoso que la hace interesante, dado que, según expondremos, admitida inicial y genéricamente la emisión de declaraciones cambiarias por medio de firma estampillada o impresa, esta posibilidad debía ser objeto de una regulación específica que no ha sido adoptada hasta la fecha, lo que puede generar ciertas dudas en cuanto al valor que tal firma puede merecer en el tráfico cambiario (cfr. Disposición final primera de la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque —LCC—)⁽³⁾. De otra parte, es un hecho notorio y que la Sentencia

(3) Dado que las referencias a la previsión de un futuro reglamento para la firma impresa, mecanizada o estampillada serán insistentes a lo largo de estas páginas, parece ineludible traer a colación los exactos términos de esa disposición final: “*Reglamentariamente se regularán las Cámaras o sistemas de Compensación y la forma en que habrán de presentarse en ellos las letras de cambio. Del mismo modo se regulará el libramiento de letras de cambio emitidas y firmadas por el librador en forma impresa, así como el modo en el que, en estos casos, debe satisfacerse el impuesto de actos jurídicos documentados*”. Lo que se formula de forma imperativa como una tarea reglamentaria no parece haberse atendido, circunstancia de hecho que no creemos que pueda llevar al entendimiento de que se está ante una mera habilitación reglamentaria que sitúa en el ámbito administrativo la decisión final acerca de la oportunidad de tal regulación.

transcrita recuerda, que es abundante la jurisprudencia que se ha ocupado de las consecuencias del pago de cheques falsos o falsificados y de la consiguiente aplicación del art. 156 LCC⁽⁴⁾. De hecho, las resoluciones dictadas en este caso en las sucesivas instancias compartían ese objeto. Sin embargo, lo que provoca el pronunciamiento casacional es una alteración sustancial del planteamiento de la cuestión al abordar como problema previo y fundamental la validez de la firma estampillada en un cheque, materia que, salvo error, no había sido tratada con anterioridad por el Tribunal Supremo.

En efecto, el Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona la cual, a su vez, había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia. Examinados los hechos probados, y sin perjuicio de algunas matizaciones de variado alcance que a continuación se expondrán, la rectificación casacional resulta ajustada a la calificación que el Tribunal Supremo lleva a cabo del alcance de la firma estampillada. Frente a la consideración de que tal modalidad de suscripción utilizada en el libramiento y cobro posterior de diversos cheques situaba la resolución del caso en el ámbito de la falsedad o falsificación de esa suerte de títulos cambiarios, el Tribunal Supremo traslada la discusión a la previa determinación de qué transcendencia cabe dar al estampillado de la firma como vía para entender completados todos los requisitos que permiten considerar que estamos ante un cheque. A partir de ahí, una vez resuelta la evaluación de esa singular forma de suscribir el cheque se abordan las consecuencias de su pago indebido y la atribución de la correspondiente responsabilidad.

El recurso de casación se articuló en torno a tres motivos, estimados todos por el Tribunal Supremo en la presente Sentencia. Los preceptos cuya aplicación se debatía a lo largo de los tres motivos que el Tribunal Supremo examinó

(4) La labor jurisprudencial en torno a esta cuestión ha sido examinada desde estas mismas páginas, antes y después de la entrada en vigor de la LCC: v., siguiendo un orden cronológico, los comentarios jurisprudenciales de TAPIA HERMIDA, A.J., “Irresponsabilidad del banco por el pago de un talón sustraído y presentado con defectos formales”, RDBB 16 (1984), p. 889 y ss.; SANCHEZ-CALERO, J., “Pago de cheque falso, negligencia del banco y del titular de la cuenta”, RDBB 35 (1989), p. 641; RAMOS HERRANZ, I., “Verificaciones que ha de realizar el banco librado con ocasión del pago de cheques”, RDBB 60 (1995), p. 998, en especial; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., “La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado: el art. 165 de la LCC a la luz de algunas resoluciones jurisprudenciales”, RDBB 64 (1997), p. 1086, y el muy reciente de RAMOS, “Responsabilidad bancaria por el pago de cheques falsos”, RDBB 80 (2000), p. 247.

Para una perspectiva general de la evolución jurisprudencial en torno al art. 156 LCC, v. BATTLE SALES, *Pago del cheque falso: responsabilidad del banco*, Madrid (1991), p. 9 y ss. y una particular mención merecen las aportaciones de MARINA, *La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado*, Valladolid (1993), en especial p. 57 y ss., y de RAMOS HERRANZ, *El pago de cheques. Diligencia y responsabilidad del banco*, Madrid (2000), p. 374 y ss.

de manera conjunta son los artículos 106.6 y 107 LCC de una parte, y el artículo 156 LCC, de otra, respecto del que se denunciaba una indebida aplicación y el quebrantamiento de la doctrina jurisprudencial sobre su interpretación. El examen de la sucinta referencia que la propia sentencia ofrece de los motivos revela que se ha producido una estricta asunción por el Tribunal Supremo del planteamiento de la recurrente que, fundamentalmente, vino a solicitar que se considerara que antes de tomar en consideración en qué medida el pago de una sucesión de cheques falsos o falsificados era imputable a la conducta culposa del librador, del librado o de ambos, procedía determinar si la forma en que se habían completado los títulos en cuestión no deparaban tanto un problema de falsedad, como de simple nulidad cambiaria. Tomando como referencia los preceptos ya citados, antes de ver cómo se aplica el artículo 156 LCC resultaba necesario examinar los requisitos formales de los cheques a la luz de lo dispuesto en los artículos 106 y 107 LCC. Finalmente, tras la resolución de esa cuestión se adivinaba la consiguiente opción por uno u otro sistema de valoración de la diligencia de las partes (titular de la cuenta y banco librado) a la hora de imponer la responsabilidad derivada del perjuicio que supuso el pago de los cheques que contenían la firma estampillada.

II. MENCIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS MÁS RELEVANTES

Los hechos que concurren en el caso que examinamos admiten ser calificados como excepcionales desde el punto de vista del tráfico bancario ordinario y se exponen con extrema claridad dentro del primero de los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia que comentamos, que no olvida advertir que *“no cabe en este recurso la revisión de los hechos que la sentencia de instancia declaró probados”* y que la casación se proyecta sobre los hechos que se reproducen en el Fundamento jurídico primero *“que son los determinados de esa manera por la sentencia del Juzgado y no fueron desaprobados por la de la Audiencia”*. Así pues, resultó acreditado que la empresa recurrente en casación abrió una cuenta corriente en la sucursal de una determinada entidad bancaria. El poder de disposición sobre el saldo de dicha cuenta en las distintas formas que admite el contrato bancario de cuenta corriente y, en particular, en la que supone el libramiento de los cheques incorporados a los correspondientes talonarios, se confirió por la recurrente a un único apoderado.

A lo largo del tiempo, al margen de las circunstancias que generaron los hechos que venimos narrando, se subraya por la Sentencia que la evolución de las relaciones contractuales entre la titular de la cuenta corriente y el banco no dio lugar a acto alguno por parte de la primera que permitiera al segundo entender que al inicial y formal apoderamiento se habían sumado otros actos de representación de hecho, de manera que la disposición del saldo de la cuenta

corriente pudiera llevarse a cabo por personas distintas del apoderado inicialmente designado. La Sentencia destaca este hecho dentro de su Fundamento Jurídico Primero, apartado 3.º, al decir que nunca la recurrente “*permitió*” dar por buena firma distinta de la manuscrita del mencionado apoderado. Parece querer destacarse la ausencia de toda conducta concluyente de la titular de la cuenta que permitiera entender que convalidaba disposiciones realizadas por persona diversa de la única autorizada.

No cabe duda que éste es un dato relevante a la hora de evaluar la diligencia del banco librado. Si en la realidad del tráfico bancario determinadas disposiciones sobre el saldo de una cuenta corriente son aceptadas *a posteriori* por el titular de la misma aun cuando las personas que las ordenan carecen de poder a tal efecto, habría que considerar necesariamente que tal conducta constituye un acto propio que convalida esas disposiciones “*formalmente irregulares*”, si bien materialmente aceptadas al propio tiempo de su acaecimiento a partir de la conocida y regular remisión de los extractos de la cuenta a su titular⁽⁵⁾.

Mas esos mismos argumentos pueden ser esgrimidos en sentido opuesto al plasmado en la Sentencia para defender que lo que la empresa recurrente sí permitió de manera tácita fue la sucesiva presentación al cobro de cheques con la firma estampillada. Dentro del contrato de cuenta corriente, uno de los deberes que implican una actuación diligente del banco es el de mantener informado al titular de la cuenta y cliente de la evolución del saldo de éste⁽⁶⁾. Es un uso destacado plasmado en las condiciones generales propuestas por numerosas entidades y que recuerdan de forma constante en sus impresos que la remisión de tales extractos va acompañada de la explícita invitación al titular de la cuenta para que, de advertir algún error u operación inválida, lo advierta a la entidad con la mayor urgencia. Otro tanto cabe decir con respecto a la advertencia que esas mismas notificaciones escritas contienen en el sentido de entender prestada la tácita conformidad del titular de la cuenta a las operaciones señaladas y al saldo resultante cuando no existiera una expresa manifestación en sentido opuesto. No se trata de entender que estos actos del titular de la cuenta exoneren de toda responsabilidad al banco librado, pero sí cabe moderar a su amparo su culpabilidad entendiendo que concurrió a ella en grado importante la propia

(5) Sobre la licitud de la condición general bancaria que establece la validez de la conformidad tácita del cliente a los extractos que periódicamente se le remiten con los asientos y saldo de la cuenta corriente, v. las resoluciones jurisprudenciales estudiadas en SÁNCHEZ-CALLERO GUILARTE, J., “Contrato de cuenta corriente: cláusulas referidas a la aprobación del saldo y alcance probatorio de la aceptación por el cliente”, RDBB 67 (1997), pp. 977-978.

(6) Sobre el funcionamiento y alcance del deber de información en el contrato de cuenta corriente, v., por todos, FERRANDO VILLALBA, M.ª L., *La información de las entidades de crédito*, Valencia (2000), pp. 107-111, con amplia cita bibliográfica y de jurisprudencia.

actuación del cliente, contradictoria con los pactos existentes para la disposición de sus cuentas⁽⁷⁾. Si ninguna oposición han merecido durante un largo período de tiempo los pagos de cheques con la firma simulada por medio de su estampillado, puede entenderse que la reclamación posterior de su importe supone una pretensión contradictoria con la anterior conducta de quien la esgrime que, por ello, debería ser desestimada a partir de la propia doctrina que impide toda conducta contraria a los propios actos⁽⁸⁾. Sin embargo, por razones que no pueden extraerse del tenor de la Sentencia que nos ocupa, tan elemental reflexión no parece que llegara a plantearse de una forma efectiva.

Sin perjuicio de lo señalado, creemos que no puede desconocerse, sin embargo, que la posibilidad de que un banco atienda disposiciones por personas que no cuentan con poder suficiente al efecto es remota. La propia práctica bancaria impone que las formalidades y comprobaciones propias de la apertura de la cuenta por una persona jurídica y de la determinación de sus representantes autorizados para disponer de dicha cuenta se proyecten sobre cualquier verificación posterior de la capacidad de las personas que, por cualquiera de las formas contractualmente previstas, pretendan un acto de disposición⁽⁹⁾.

Volviendo al caso que nos ocupa y reiterando que sólo existía una firma válidamente autorizada a la hora de disponer de la cuenta corriente abierta por la empresa recurrente, lo que sucedió es que una empleada de ésta llevó a efecto durante un prolongado período de tiempo (16 meses) la presentación de “*distintos y numerosos cheques*” en los que constaba la firma del apoderado de forma estampillada ascendiendo el total de las cantidades cobradas por esta vía a una suma significativa (26.855.904 pesetas). Decíamos en el inicio de este apartado que los hechos analizados eran excepcionales por cuanto no parece discutible que es inhabitual en el desarrollo de la actividad de una empresa y de su tráfico bancario que, de forma tan burda, pueda producirse la apropiación de una suma tan importante y, por encima de todo, durante tan prolongado período, durante

(7) Es remota la jurisprudencia que apuntó que la conformidad con el extracto de una cuenta corriente bancaria es un acto “que no le es lícito al demandante desconocer ni volver contra ellos” (STS de 13 de abril de 1929): esa tácita conformidad puede entenderse como una declaración negocial o como un acto propio que no es posible contradecir, señala DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona (1963), p. 349, al comentar la citada sentencia que transcribe.

(8) V. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 123, 183 y 193 y ss., así como PUIG BRUTAU, J., “La doctrina de los actos propios” en *Medio siglo de estudios jurídicos*, Valencia (1967), p. 107 y ss., en donde se ocupa de manera especial de la compatibilidad entre esa doctrina y la conducta silente en quien tiene el deber de hablar.

(9) V. RAMOS HERRANZ, “Verificaciones que ha de realizar el banco librado con ocasión del pago de cheques”, RDBB 60 (1995), p. 1010 y ss.

el que presumiblemente se produjo el cierre de un ejercicio contable⁽¹⁰⁾ sin advertir ese hecho.

III. LA AUSENCIA DE CULPA EN LA TITULAR DE LA CUENTA CORRIENTE CONTRA LA QUE SE LIBRARON LOS CHEQUES

Surge aquí alguna duda acerca de la contradicción que cabe apreciar entre dos hechos que ya hemos consignado. Se dice que la empresa recurrente nunca consintió que la disposición de su cuenta se hiciera con utilización de otra firma que no fuera la manuscrita del apoderado a tal efecto autorizado y registrado. ¿Cómo conciliar esa ausencia de conformidad a disposiciones irregulares con el hecho ya apuntado (v. *supra* 2) de que durante 16 meses se estuvieran llevando a cabo numerosas disposiciones que, en conjunto, alcanzan un importe sin duda cualificado?

La Sentencia que comentamos no aporta los detalles que puedan permitir evaluar esa aparente contradicción. Sin perjuicio de ello, cabe presumir que la entidad librada remitía de forma regular a la recurrente los extractos de su cuenta bancaria, siendo notorio que tales extractos informan con detalle de la forma de disposición del saldo a través de un cheque, que suelen identificar tanto en cuanto a su numeración, como en lo relativo al importe, con indicación además de las fechas de presentación y de la “*fecha valor*” de la operación, entendida ésta como aquella a la que se refiere el cargo en la cuenta del importe del cheque. La reiteración en la conducta desleal de la empleada, su duración en el tiempo y el importe de la suma así cobrada son extremos que en cualquier empresa mínimamente organizada no deberían pasar desapercibidos. Frente a esa consideración, se nos dice dentro de los hechos probados que todo ello sucedió “*sin que nadie de la empresa se diera cuenta de esa circunstancia*” (Fundamento Jurídico Primero, apartado 6.^o). Consignemos la perplejidad que provoca ese hecho, que en lo que aquí interesa abre paso a una muy benévola ponderación judicial de la diligencia de la empresa resultante a la hora de vigi-

(10) La propia llevanza de una contabilidad mínimamente ordenada implica una especial atención a las cuentas que, de conformidad con el Plan General Contable, sirven para conocer el estado de la “*Tesorería*” (cfr. art. 175 LSA; sobre el activo circulante en dicho precepto v. VICENT CHULIÁ, en VICENT/GALÁN CORONA, “Las cuentas anuales de la sociedad anónima”, dentro del *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VIII [dirs. URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA], Madrid, 2000, p. 231), de la que las cuentas corrientes son uno de los elementos integrantes. V. el cuadro de cuentas anexo al R.D. 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el PGC y las definiciones correspondientes a esas cuentas, destinadas a poner de manifiesto los “*saldos a favor de la empresa... de disponibilidad inmediata*”.

lar el estado de sus cuentas bancarias, sin perjuicio del fracaso probatorio de la parte interesada en poner de manifiesto un hecho de tan sencilla apreciación.

Como resultado de la inicial sentencia y de su confirmación en vía de apelación, el banco demandado resultó condenado a pagar una cantidad notablemente inferior a la que se reclamaba (13.427.592 pesetas, frente a una reclamación de 30.911.795 pesetas). Para llegar a este resultado, es necesario atender al criterio sustentado en ambas instancias que, en un sentido similar al que apuntábamos en la reflexión anterior, consideró que procedía aplicar el “*principio de equidad por la concurrencia de las conductas negligentes de igual gravedad de los sujetos del pleito y sin cuya participación el daño producido no hubiera tenido efectividad*”. Esa posibilidad de moderar el daño que resulte del pago de un cheque falso o falsificado atendiendo a la posibilidad de negligencia en la custodia del talonario de cheques o a la conducta culposa por parte del librado, es sabido que caracteriza la disciplina contenida en el art. 156 LCC y su aplicación jurisprudencial⁽¹¹⁾, que fue tenida en cuenta por el Juez de Primera Instancia en su sentencia, confirmada posteriormente, en apelación.

En cualquier caso, se advierte una notable contradicción entre los hechos que se nos presentan probados y el fallo de las Sentencias de Instancia. Si nadie de la empresa titular de la cuenta se dio cuenta del desleal uso que una empleada practicaba de forma regular y sobre cuantías elevadas, no se atisba qué otra fuente de actuación negligente o culposa (cfr. art. 156 LCC) por parte de la empresa titular de la cuenta permitía introducir la compensación de culpas en la forma en que efectivamente se hizo, estimando parcialmente la demanda.

IV. EL USO DE FIRMA ESTAMPILLADA NO GENERA LA FALSEDAD O FALSIFICACIÓN DEL CHEQUE

Como ya se ha señalado, la línea argumental del recurso se orientaba principalmente a combatir la sentencia recurrida por entender que se había quebrantado la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del artículo 156 LCC. Reiteremos que el Tribunal Supremo acogió tal motivo y que, con rotundidad, proclama en la Sentencia que comentamos que no es aplicable al caso el art. 156 LCC “*que hace referencia a los cheques falsos o falsificados pero no a los nulos*”.

a) *La referencia a la forma impresa en la LCC.*—Entramos así en lo que es el núcleo del razonamiento casacional y, claro está, de la íntegra estimación

(11) V. MARINA, *La responsabilidad por el pago*, p. 130 y ss. y RAMOS, *El pago de cheques*, p. 404 y ss.

del recurso. Se trata de considerar a la firma estampillada en un cheque no como una causa generadora de falsedad o falsificación cambiarias, sino, sencillamente, como el origen de una situación de nulidad del título en el que tal firma se extiende.

Nos ubicamos, así, en lo previsto en el art. 106.6 LCC que enuncia entre los denominados requisitos formales esenciales de todo cheque el consistente en “*la firma del que expide el cheque*”. La posibilidad de que esa firma se practique en la letra, el pagaré o el cheque en forma estampillada no ha sido acogida de forma expresa en la legislación cambiaria, al tiempo que se abandonaba, por contra, la explícita exigencia de la firma “*de propio puño*” que contenía la legislación derogada (cfr. art. 444, 8.º C. de Co.). Como se indicaba al inicio del presente comentario, dentro de la Disposición Final Primera de la LCC se contemplaba una referencia a la futura regulación del “*libramiento de letras de cambio emitidas y formadas por el librador en forma impresa*” que, hasta la fecha, no ha tenido respuesta alguna a pesar de que, como es notorio, han sido varias las ocasiones en las que se ha abordado la reforma de los aspectos formales de los títulos cambiarios. En propiedad, la atención normativa hacia los documentos cambiarios se ha limitado —por razones esencialmente fiscales— a la determinación reglamentaria del modelo de letra de cambio (v. la Orden de 30 de junio de 1999), sin que en esa ocasión se dispusiera nada referido a la posibilidad de libramiento de firma impresa⁽¹²⁾.

De tal situación normativa resulta una incertidumbre de cierta trascendencia, cual pone de manifiesto el supuesto que nos ocupa. Sucede que a partir del tenor de la disposición final tantas veces mencionada, pudiera entenderse que el libramiento de letras de cambio por medio de firma impresa ya había quedado admitido, pendiente sólo de la concreción reglamentaria de esa modalidad⁽¹³⁾, siendo ese el momento en que habrían de quedar resueltos tanto los aspectos meramente técnicos (la mecanización en sí y la admisibilidad de la

(12) V. GARCÍA VILLAVERDE, “Un nuevo modelo de letra de cambio”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 405 (16 de septiembre de 1999), p. 1 y ss. y MIROSA MARTÍNEZ, “Letra de cambio: nuevas exigencias formales, nuevo modelo oficial”, *RJC* 2 (2000), p. 398 y ss., coincidiendo ambos en críticas y reparos al nuevo modelo.

(13) V. CALAVIA MOLINERO/BALDÓ DEL CASTAÑO, *Letra de cambio. Estudio sistemático de la ley cambiaria de 16 de julio de 1985*, Barcelona (1985), p. 8; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*²³, t. II, Madrid (2000), p. 52 y, en sentido similar, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “La constitución de las obligaciones cambiarias. La creación de la letra de cambio”, en AA.VV., *Derecho mercantil.2*⁶, Barcelona (2000), p. 47, quien habla de la legalización en “*la futura regulación reglamentaria*” del empleo de la firma impresa del librador.

circulación de títulos con esa peculiaridad) como los fiscales, estos últimos siempre objeto de particular atención por razones obvias⁽¹⁴⁾.

El hecho de que la Disposición Final Primera LCC se refiera exclusivamente a la letra de cambio pudiera llevar a considerar que ello descarta absolutamente la posibilidad de firma estampillada en cheques⁽¹⁵⁾. Tal interpretación restrictiva e inspirada en la literalidad normativa no debe compartirse por cuanto, en primer lugar, en la propia Disposición se señala que se regularán reglamentariamente “*los sistemas de Compensación y la forma en que habrán de presentarse en ellos las letras de cambio*”, siendo notorio que esa habilitación a favor del correspondiente Reglamento dio paso a una regulación que se extendió a todo tipo de títulos cambiarios⁽¹⁶⁾. La razón para ello es obvia: los títulos cambiarios comparten un mismo régimen legal en muchos aspectos, lo que hace que lo previsto para la letra se haga extensivo al cheque en la medida en que ello no resulte prohibido por una disposición específica para uno u otro. Por otra parte, no faltan supuestos en los que se ha aceptado la validez cambiaria de la firma estampillada en títulos distintos de la propia letra⁽¹⁷⁾. Un argumento a

(14) Esta interpretación se aprecia con particular nitidez en los trabajos publicados en coincidencia con la promulgación y entrada en vigor de la LCC y, en ocasiones, al contraponer los requisitos formales exigibles para la emisión de la letra frente a los requeridos en otras declaraciones cambiarias: v. ROJO, “El aval de la letra de cambio”, en AA.VV., *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque* (dir. A. MENÉNDEZ), Madrid (1986), p. 572 y, de una manera más difusa, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Ley cambiaria y del cheque*, Madrid (1985), pp. 618-619. Por su parte, AÑOVEROS TRÍAS DE BES, *El aval cambiario*, Madrid (1990), señala que se ha admitido que el librador puede firmar de forma impresa, aun cuando la efectividad de esa alternativa haya quedado “*sujeta a desarrollo reglamentario*”. También SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones* ²³, t. II, p. 60, al apuntar la necesaria forma autógrafa de la aceptación advierte que “*la firma impresa se limita al libramiento*”.

(15) Como hacen CALAVIA MOLINERO/BALDÓ DEL CASTAÑO, *El cheque*, Barcelona (1987), p. 69; SOTO VÁZQUEZ/SOTO FERNÁNDEZ, *El cheque y el pagaré*, Granada (1997), p. 110 y, de forma más matizada, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “La nueva regulación de los Títulos Valores (Cinco años de vigencia de la Ley Cambiaria)”, en AA.VV., *Perspectivas actuales del derecho mercantil*, (coord. F. SÁNCHEZ CALERO), Pamplona (1995), p. 66.

(16) Así lo hizo el Real Decreto 1369/1987, de 18 de septiembre, que invoca la misma Disposición Final Primera de la LCC en su preámbulo y cuyo artículo 1.2 declara: “*A través del Sistema Nacional se llevará a cabo la compensación de las letras de cambio, pagarés y cheques que presenten al mismo las entidades miembros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque*”; v. apartado primero de la Orden de 29 de febrero de 1988.

(17) V. la SAP Madrid de 26 de noviembre de 1996, que cita RAMOS HERRANZ, *El pago de cheques*, p. 126.

favor de ello lo ofrece la ya señalada evolución de nuestro Derecho cambiario, que nada especifica sobre la forma en que la firma puede hacerse constar en contra de la explícita y excluyente exigencia de la firma manuscrita en la legislación derogada.

Frente a la interpretación apuntada, cabe la contraria en virtud de la que sólo podría admitirse en el ámbito cambiario la firma manuscrita en tanto que no se ha producido excepción reglamentaria alguna a favor de la admisibilidad de la firma mecanizada o impresa⁽¹⁸⁾. De acuerdo con esta corriente, de la que es obvio que —aun cuando no lo señala de forma expresa— participa la Sentencia que estamos comentando, la habilitación reglamentaria habría tenido un alcance mucho mayor que el de una mera ejecución de una solución adoptada por la LCC. Esto es, a la futura regulación reglamentaria no se la encomendaba sencillamente la determinación de los aspectos de variada naturaleza inherentes a la emisión y eventual circulación de letras estampilladas, sino que la habilitación comprendía la propia decisión acerca de la conveniencia de admitir o rechazar esa modalidad de libramiento de letras de cambio en nuestro ordenamiento cambiario⁽¹⁹⁾.

b) *La evaluación por el banco librado de la firma estampillada en un cheque.*—Una vez que el razonamiento jurisprudencial ha descartado que la firma mecanizada deba abordarse bajo el régimen aplicable a la falsedad o falsificación de cheques, queda por referir la falta de uno de los requisitos formales esenciales de esa clase de títulos a la evaluación de la diligencia exigible del banco. Es indiscutible que, dentro del marco contractual de la cuenta corriente y de la emisión de cheques con cargo al saldo de aquella, la entidad de crédito librada ha de desplegar una determinada diligencia que ha de ser valorada en atención a la concreta prestación que se solicita. En particular, esa diligencia ha de proyectarse sobre la comprobación de la regularidad formal de los cheques que se presentan al cobro y, de manera destacada, sobre la comprobación de la firma del librador⁽²⁰⁾. En el plano probatorio, la acreditación de su

(18) V. IGLESIAS PRADA, “El libramiento de la letra de cambio”, en *Derecho cambiario*, p. 409; BOTANA AGRA, “Líneas básicas del régimen del cheque en la Ley cambiaria y del cheque”, AC 30 (1986), p. 2087; MOXICA ROMÁN, *Ley cambiaria y del cheque. Análisis de doctrina y jurisprudencia*⁴, Madrid (1996), p. 116; URÍA, *Derecho mercantil*²⁷, Madrid (2000), p. 937 y, de manera especial, RAMOS HERRANZ, *El pago de cheques*, pp. 125 a 128.

(19) V. SOTO VÁZQUEZ, *Manual de oposición cambiaria*, Granada (1992), p. 348.

(20) Sobre este punto es obligada la remisión a la cuidadosa exposición que lleva a cabo RAMOS HERRANZ, *El pago de cheques*, p. 237 y ss. y en RDBB 80 (2000), pp. 262-263.

conducta diligente incumbe a la entidad librada como requisito para la exoneración de toda responsabilidad frente al titular de la cuenta⁽²¹⁾.

Las consideraciones que habitualmente surgen a la hora de examinar esta cuestión tratan de atenuar la exigencia de una absoluta responsabilidad del banco a partir de variadas circunstancias que no deben ser ignoradas. El pago de los cheques no puede conllevar una exhaustiva revisión de la autenticidad de la firma, equiparando a los empleados de la entidad que la efectúan con “*un experto grafólogo*”. También ha de tomarse en consideración la dificultad que para la evaluación de la validez de la firma del librador comporta que su presentación al cobro se haga a través de entidades distintas a la librada del cheque, dando entrada a los sistemas de compensación electrónica, lo que no da lugar a la presentación del propio cheque⁽²²⁾. Otro tanto cabe decir con respecto a la realidad del tráfico bancario, en donde es habitual que los sistemas de comprobación se relajen en atención al importe del cheque, siendo frecuente que no se efectúe una comprobación de la autenticidad o regularidad de las firmas allí donde el importe es reducido; el cheque se presenta en la propia entidad librada y la propia acumulación de operaciones y clientes impone una rapidez en la ejecución del pago⁽²³⁾. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, no concurrió ninguna de esas circunstancias. Para evaluar la conducta del banco ha de tomarse en cuenta que, de acuerdo con los hechos declarados probados, la propia empleada infiel llevó a cabo la presentación de los cheques en la propia entidad donde se había abierto la cuenta con cargo a la que aquellos fueron efectivamente pagados.

De acuerdo con el criterio de la Sentencia que nos ocupa, a la hora de evaluar la actuación de las entidades encargadas con carácter habitual del pago de los distintos títulos cambiarios, no parece dudoso que el conocimiento por éstas o sus empleados de tan fundamental regla —la invalidez de la firma estampillada— constituye un elemento mínimo de su diligencia profesional, que se incardina en la relación contractual de cuenta corriente que le une con su

(21) V. JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid (1987), p. 276 y ss.

(22) Sobre el funcionamiento del Sistema Nacional de Compensación Electrónica y, dentro de éste, el denominado Subsistema General a través del que se lleva a cabo la compensación, entre otros títulos, de cheques de cuenta corriente, v. Circular del Banco de España n.º 11/1990, de 6 de noviembre.

El tratamiento de cheques y la falsedad de los mismos fue materia específicamente tratada por la STS de 9 de febrero de 1998 (R. 705) que comentó el ponente de la que aquí tratamos: v. GARCÍA VARELA, R., “El truncamiento y la falsificación de cheques”, *La Ley* (1998-II), p. 1926.

(23) V. RAMOS HERRANZ, *op. cit.*, pp. 245-246.

cliente⁽²⁴⁾. Lo que la Sentencia de 17 de mayo de 2000 lleva a efecto es una clasificación de la negligencia del banco (a través de la conducta desplegada por sus empleados) como absoluta, al admitir y respetar como cheques los documentos que carecían por completo de esa condición por falta de la firma manuscrita, deficiencia estimable a partir de la más elemental observación. Tamaña inadvertencia es la que, a la postre, llevó a la entidad librada a soportar en su integridad el perjuicio causado, con la consiguiente condena a pagar a la titular de la cuenta el importe de los cheques y los intereses legales desde la fecha de la Sentencia recaída en la Primera Instancia.

c) *Función económica del cheque y sentido de la firma impresa del librador*.—Por otro lado, también puede considerarse que, en el plano teórico, el uso de una firma estampillada en un cheque nos sitúa ante una situación escasamente acorde con la propia función que a ese título atribuye la LCC⁽²⁵⁾. La justificación que se esgrime con carácter general para el uso de la firma estampillada atiende a la exigencia que determinados aspectos del tráfico mercantil imponen en favor de la masiva emisión de títulos cambiarios por determinadas empresas. De ahí que pueda entenderse que el propio libramiento generalizado de tales títulos se articule a través de la firma mecanizada, sin que esas consideraciones puedan regir para otras declaraciones cambiarias que, por su propia naturaleza, son difícilmente imaginables en una plasmación masiva o automatizada⁽²⁶⁾. Es principalmente en las relaciones con sus proveedores en donde la utilización de los títulos cambiarios como medio de crédito resulta más extendida. Sin embargo, esa función de instrumento válido para la obtención de crédito solo se da a través de la emisión de letras de cambio y de pagarés, excluyéndose que el cheque pueda compartir esa función⁽²⁷⁾.

Como es sabido, la LCC zanjó la práctica precedente consistente en reconocer validez al diferimento del pago por medio de la efectividad de su postdatación con respecto a la fecha de emisión. Cuando el art. 134 LCC establece que todo cheque es pagadero a la vista y que, en congruencia con esa condición, el cheque presentado al pago antes de la fecha de emisión deberá ser satisfecho en el día de su presentación, está descartando de raíz cualquier utilización del

(24) Se trata de una “rigurosa responsabilidad”, tal y como apunta VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho mercantil* 12, Valencia (1999), p. 900.

(25) V. SOTO VÁZQUEZ/SOTO FERNÁNDEZ, *El cheque y el pagaré*, p. 110.

(26) De hecho, la propia disposición final primera LCC revela una orientación favorable a “restringir el sistema de inscripción mecanizada al sujeto emisor del título”: v. FERNÁNDEZ-ALBOR, *El aval cambiario*, Madrid (1992), p. 211.

(27) V. CARLÓN, “El cheque”, en *Derecho cambiario*, pp. 777-778.

cheque para finalidad distinta de la de servir como un instrumento de pago. Esa limitación funcional del cheque descarta cualquier susceptible utilidad en el marco de la actividad de las grandes empresas como fórmula de obtención de crédito con ocasión de los pagos más frecuentes a sus proveedores habituales, lo que a su vez comporta una práctica desaparición de la necesidad de emitir cheques con firmas mecanizadas. El cheque queda como instrumento de pago a la vista o a su presentación, modalidad que no suele abundar en ciertos ámbitos contractuales en los que el aplazamiento de los pagos no sólo es práctica habitual, sino uno de los aspectos característicos de la misma desde un punto de vista financiero ⁽²⁸⁾.

Ahora bien, las consideraciones anteriores no resultan incompatibles con la consideración de ciertos ámbitos en los que el cheque sí adquiere la condición de un auténtico título de emisión en serie o en masa, como es notorio que sucede con los cheques de viaje ⁽²⁹⁾, sin que tampoco debamos desdeñar la admisibilidad de la firma impresa en un cheque por parte de distintos ordenamientos ⁽³⁰⁾.

Tampoco pueden ignorarse las consideraciones que inspira el tratamiento que el cheque recibe en el marco de la legislación fiscal, en la que la diferenciación antes hecha acerca de la función económica del cheque frente a los otros títulos cambiarios se diluye, al reconocerse al primero el cumplimiento, bajo ciertas condiciones, de una función de giro común a los documentos mercanti-

(28) La referencia obligada la ofrece la actividad comercial, en cuya regulación más reciente han merecido atención preferente los aplazamientos de pagos a proveedores; el precepto más destacado en ese sentido es el art. 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (modificado por el art. 56 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social). El aplazamiento sistemático en los pagos a los proveedores se aborda como un problema generado por la desigualdad contractual entre comerciantes y proveedores: para un planteamiento general de la cuestión, v. el comentario que a la mencionada disposición realiza FERNÁNDEZ DEL POZO, dentro de AA.VV., *Régimen jurídico general del comercio minorista* (coords. ALONSO ESPINOSA/LÓPEZ PELLICER/MASSAGUER FUENTES/REVERTE NAVARRO), Madrid (1999), pp. 262 a 265.

(29) Como advierte con acierto JIMÉNEZ SÁNCHEZ, "La nueva regulación", p. 66, quien remite a su vez al estudio de DÍAZ MORENO, *Derecho mercantil* (coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ), Barcelona (1990), p. 661 y ss.

(30) V. las referencias que a la legislación francesa, japonesa o estadounidense, así como a la propia reserva que el Convenio de Ginebra sobre cheque autorizaba al respecto realiza RAMOS HERRANZ, *El pago de cheques*, pp. 127-128.

les sujetos al Impuesto de Actos jurídicos documentados, entre los que ocupan posición preferente la letra y el pagaré⁽³¹⁾.

d) *Firma estampillada como causa de falsedad penal y de nulidad cambiaria del cheque.*—Resumiendo las consideraciones precedentes y refiriéndonos a la Sentencia que comentamos, no existiendo por tanto cobertura alguna que permita entender que la firma estampillada es una forma válida para cumplir el requisito exigido por el art. 106.6 LCC, el pago realizado por el banco no habría sido provocado por la presentación de cheques falsos o falsificados, sino cheques nulos. Si entre los requisitos esenciales del cheque ha de figurar la firma del librador (cfr. art. 106.6 LCC), dado que la firma estampillada no se considera una firma auténtica y suficiente para entender completado el requisito esencial ya apuntado, ha de entenderse que los documentos en cuestión no pueden ser considerados como cheques en un sentido propio.

Lo que viene a afirmar la Sentencia de 17 de mayo de 2000 es que el pago de cheques con firma estampillada nos sitúa ante un supuesto de nulidad cambiaria y no de falsedad. De ahí que la aplicación del artículo 156 de la Ley Cambiaria y de todos los criterios que en el mismo se contienen, en cuanto a la evaluación de la culpa del banco librado y de la incidencia que para la exclusión o moderación de esa culpa puede motivar la conducta del titular de la cuenta y custodia de los cheques, resultan improcedentes.

Ahora bien, la doctrina jurisprudencial debe también ponerse en relación con el sentido e interpretación tradicionales del art. 156 LCC, que ha venido considerando que el supuesto de manipulación de un cheque que afecte a la firma del librador constituía uno de los ejemplos típicos de falsedad⁽³²⁾. Se ha entendido que cheque falso es aquél que, precisamente, contiene una firma que no es la del titular de la cuenta o la del representante apoderado al efecto⁽³³⁾, mientras que el cheque falsificado nos sitúa ante otras alteraciones de las declaraciones contenidas en el cheque que no por ello perdía su carácter de “docu-

(31) El precepto más significativo en el sentido apuntado es el art. 76 del Reglamento del Impuesto (Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo), que indica que se entenderá que cumplen función de giro —la consistente en acreditar remisión de fondos de un lugar a otro o que implique una orden de pago o la incorporación de la cláusula “a la orden”— los cheques a la orden o que sean objeto de endoso [v. número 3.b), en relación con el número 2 del citado precepto].

(32) En especial, si se advierte que las menciones susceptibles de generar propiamente una falsedad o falsificación del cheque son la firma del librador, el importe y el tomador: v. MARINA, *La responsabilidad por el pago*, pp. 60-61.

(33) V. BATLLE, *Pago del cheque falso: responsabilidad del banco*, Madrid (1991), p. 13 y ss. Entre la bibliografía anterior a la LCC, siguen siendo interesantes las observaciones que en torno al concepto de falsedad en el Derecho cambiario hacía APARICIO RAMOS, J.A., *La falsedad en la letra de cambio*, Madrid (1943), pp. 10-11.

mento verdadero” (cfr. art. 302.6.º CP derogado). Al formular esa distinción, se tomaba en consideración la influencia de la normativa penal en materia de falsedades mercantiles⁽³⁴⁾ y se advertía que la falta de una firma auténtica del librador impedía considerar al documento afectado como tal cheque, por adolecer de elementos esenciales para reconocerle eficacia cambiaria. En definitiva, en esa hipótesis se consideraba que no habría una orden de pago eficaz⁽³⁵⁾. Mas sentadas esas conclusiones, no se ponía reparo alguno a considerar que el título en cuestión era un cheque falso a los efectos del art. 156 LCC⁽³⁶⁾.

Es notorio que la alteración de la firma en un título cambiario es uno de los supuestos típicos de la falsedad en documento mercantil. No hace falta llevar a cabo una revisión exhaustiva de la jurisprudencia penal para encontrar conductas que reiteran la actuación que es calificada como delictiva consistente en “*sustituir*” o imitar la firma del librador de un título cambiario. La sanción penal a la falsedad del título se proclama en supuestos de imitación de la firma de otro en una letra de cambio⁽³⁷⁾, en un pagaré⁽³⁸⁾, en un cheque⁽³⁹⁾ o en un cheque de viaje⁽⁴⁰⁾.

Una de las reflexiones que provoca la solución adoptada por el Tribunal Supremo en la Sentencia tratada es la de hasta qué punto cabe sostener una equiparación entre la falsedad en el orden penal y en el civil o, simplemente, si la falsedad que consiste en la simulación mecánica, automatizada o mecanizada de la firma del librador es, en el plano cambiario, una causa de nulidad.

(34) Lo cierto es que la distinción en la LCC entre un cheque falso o falsificado es tributaria de la correspondiente que en el Derecho penal provocó la redacción del art. 302 del Código penal hoy derogado, que contemplaba de manera especial la modalidad falsaria que radicaba en la firma del documento: “*Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica*”.

(35) V. BATLLE, *op. cit.*, p. 14.

(36) Creo certera la observación de MARINA, *La responsabilidad por el pago*, p. 55, cuando señala que se está ante “la tipificación civil de una falsedad en documento mercantil”.

(37) V. SSTS de 26 de abril de 1996, R. 2999 y 7 de octubre de 1997, R. 7076.

(38) V. SAP Barcelona de 31 de mayo de 1999, ARP 2654, que resalta que la falsedad que se concentra en la firma del librador incide “en un elemento tan esencial del documento como lo es aquel que le da precisamente vida jurídica y carácter de tal: la rúbrica del librador del pagaré (...) que implica la declaración de voluntad de la persona a quien pertenece (y que con su rúbrica lo crea)...”.

(39) V. SAP Barcelona de 28 de mayo de 1998, ARP 2920.

(40) V. SAP de La Rioja de 17 de abril de 1998, ARP 1819.

La discusión acerca de si el uso de una firma estampillada da lugar a un cheque falso o, sencillamente, a un título nulo a efectos cambiarios por omisión del requisito esencial de la firma del librador es cuestión que cobra su sentido en la medida en que —como hace la resolución objeto del presente comentario— quepa diferenciar las consecuencias que en materia de responsabilidad se derivan de uno u otro supuesto. Es sabido que ese es precisamente el objetivo del art. 156 LCC: deslindar cuándo el pago de un cheque falso o falsificado ha de ser soportado por el librado, por el librador o, finalmente, por ambos al apreciar la concurrencia de una conducta culposa del librado y del titular de la cuenta que permite una compensación de ambas culpas a la hora de determinar los efectos de dicho pago.

Lo que el Tribunal Supremo lleva a efecto por medio de la presente Sentencia es optar por la solución más favorable al titular de la cuenta y, por tanto, más perjudicial para el librado⁽⁴¹⁾. La falsedad de la firma consistente en el estampillado de firma válida abandona el ámbito de aplicación del art. 156 LCC y cae por completo en el de la nulidad cambiaria. Se trata, ya se ha repetido, de una doctrina de formulación tan sencilla en su planteamiento, como terminante en sus efectos. Al negar toda significación falsaria a la firma estampillada, desaparece el carácter cambiario del documento. No discutamos si hay o no falsedad y cuál es la responsabilidad derivada del pago de los cheques, se nos dice, sino que atendamos a la falta de una firma en sentido estricto como omisión determinante de la existencia de un título encuadrable en el art. 1 y LCC: lo que no hay es cheque, siendo irrelevante la discusión en torno a la falsedad documental.

Sin embargo, la claridad de la postura jurisprudencial esbozada no despeja todas las dudas. En primer lugar, no creemos que pueda discutirse que hay una distinción en el orden civil que no comparte la disciplina penal de la falsedad documental mercantil, para la que es tan perseguible la alteración del “requisito esencial” (cfr. art. 390.1.1.º CP) de la firma del cheque consistente en una imitación autógrafa de la del apoderado autorizado por la titular, como la de la sustitución o ficción de dicha firma (cfr. art. 202.1.º CP derogado) por medios impresos o mecanizados. Ambas son falsedades materiales, que afectan a la autenticidad de los cheques y en donde el común elemento subjetivo que anima a quien las lleva a término es el engaño al librado orientado al pago de los che-

(41) Esta orientación ha sido tradicional en la jurisprudencia de la Sala Primera: v. una referencia a las resoluciones más significativas de aquella en GARCÍA VARELA, La Ley (1998-II), pp. 1926-1927.

ques⁽⁴²⁾, haciendo creer a este último que la orden de pagar las sumas indicadas proviene de persona autorizada para impartirla.

La doctrina y jurisprudencia venían entendiendo que cheque falso era cualquiera en el que se hubiera practicado alguna de las modalidades falsarias admitidas en la legislación penal, dando paso a las reglas que en materia de responsabilidad contiene el art. 156 LCC⁽⁴³⁾. La Sentencia de 17 de mayo de 2000 viene a abandonar esa orientación. La conducta subsumible en el tipo penal de la falsedad no vincula la calificación en el orden civil de la significación de la firma estampillada⁽⁴⁴⁾.

La manipulación consistente en el uso de firma impresa, estampillada o mecanizada que da lugar al pago indebido de cheques, aun cuando comporte la declaración de nulidad cambiaria del documento, obliga a resolver la imputación del daño patrimonial ocasionado. No será ya el art. 156 LCC el cauce normativo a tal efecto, sino que tal cuestión habría de ser resuelta de acuerdo con el régimen general aplicable para este tipo de situaciones. La posibilidad de aplicar la doctrina de la compensación de culpas no depende de que estemos ante cheques falsos, sino de la posibilidad de sumisión del supuesto de hecho a

(42) V., entre una amplísima bibliografía referida ya al vigente Código Penal, QUINTERO OLIVARES, G., “Art. 390”, en AA.VV., *Comentarios al Nuevo Código Penal* (dir. QUINTERO OLIVARES), Pamplona (1996), p. 1733 y ss. en especial, p. 1736; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/BURKHALTER THIÉBAUT, “Art. 390” en AA.VV., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid (1997), pp. 3672-3673 y GARCÍA CANTIZANO, M.³ C., *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, Valencia (1997), p. 114 y ss.; con relación específica a la falsedad del cheque, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “La protección penal del cheque y de la letra de cambio”, en *Derecho cambiario*, p. 940.

(43) V. MARINA, *La responsabilidad por el pago*, p. 60 y ss. y, más recientemente, RAMOS HERRANZ, *El pago de cheques*, pp. 375-377.

(44) Tal es una reflexión en el plano teórico, que no pretende ignorar las que pudieran motivarse en determinados casos cuando la cuestión de la falsedad se discute en el proceso: en tal supuesto, el criterio de la jurisdicción penal sobre la existencia de falsedad en el cheque vincula al juez civil; v. PAZ-ARES, “Las excepciones cambiarias”, en *Derecho cambiario*, p. 302, donde se remite al art. 514 de la LEC derogada. Aun cuando la vigente LEC 2000 no contiene un precepto correspondiente al citado, sobre la influencia de la prejudicialidad penal, v. art. 10.2 LOPJ. La jurisprudencia ha establecido ciertas condiciones para admitir la vinculación del orden civil al pronunciamiento penal en materia de falsedad documental: la identidad entre ambos pleitos y el carácter básico del documento impugnado para la solución de la causa civil (STS de 27 de mayo de 1999, Ar. 3933, además, entre otras, SSTS de 9 de mayo de 1996, Ar. 2054; 25 de septiembre de 1996, Ar. 3666; 30 de septiembre de 1996, Ar. 784 y 21 de febrero de 1997, Ar. 1156).

la construcción jurisprudencial de aquella⁽⁴⁵⁾. En el caso en cuestión y a la vista de los hechos probados, la afirmación de que la titular de la cuenta nunca advirtió la continuada presentación al pago de los cheques estampillados eliminaba la viabilidad de encontrar en la víctima de ese pago alguna culpa susceptible de ser comparada con la evidente negligencia de quien pagó cheques con una firma estampillada.

La Sentencia de 17 de mayo de 2000 afirma que existe un supuesto de nulidad dentro del cual la determinación de la responsabilidad del indebido pago debe ser soportada por el banco librado. De esta afirmación no debe, sin embargo, entenderse que estamos ante una puerta abierta a la consideración de que el pago de cheques con firma falsa por medio de estampillado dé lugar siempre a una responsabilidad exclusiva del librado, puesto que como hecho probado se dejó constancia de la ausencia de negligencia de la titular de la cuenta por no haber advertido el desleal uso que su empleada venía haciendo de los talonarios de cheques (v. *supra* 2). Tampoco creemos que se está acogiendo la teoría de la responsabilidad objetiva de la entidad bancaria⁽⁴⁶⁾, puesto que los hechos probados llevan al Tribunal Supremo a afirmar la falta de diligencia (v. FJ 2.^o) que impide ubicar este supuesto bajo aquella suerte de responsabilidad contractual.

(45) V. la pormenorizada exposición que al hilo de la evolución jurisprudencial realiza DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid (1992), p. 815 y ss. El segundo motivo que se estimó invocaba la vulneración del art. 156 LCC en conexión con el art. 1103 CC, precepto este último a través del que la jurisprudencia ha aplicado la concurrencia de culpas a supuestos de responsabilidad contractual: v. entre una abundantísima bibliografía, SANTOS BRIZ, J., *Comentario del Código Civil* (coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA), vol. 6, Barcelona (2000), p. 110 y ss. y la postura crítica de DÍAZ ALABART, S. en *Comentarios al Código Civil* (dir. ALBALADEJO, M.), t. XV, vol. 1, Madrid (1989), pp. 516-517 en cuanto a la utilización de ese artículo como cauce a través del que proceder a la moderación de los efectos de la responsabilidad contractual en situaciones de culpa concurrente.

(46) V. una referencia a la misma en la ya citada STS de 9 de febrero de 1998, R. 705.

NOTICIAS

1. GRECIA SE INCORPORA AL EURO

La introducción del euro en Grecia a partir del 1 de enero de 2001 ha llevado consigo la modificación de diversos instrumentos legales, para lograr la plena adaptación del sistema organizativo de la Unión Monetaria y su coordinación con el Banco Central Europeo (BCE) y el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC). Tal incorporación ha sido formalizada en virtud de la *Decisión del Consejo, de 19 de junio de 2000, de conformidad con el apartado 2 del artículo 122 del Tratado sobre la adopción por Grecia de la moneda única el 1 de enero de 2001* (DOCE L 167), de conformidad con la cual se acuerda que Grecia cumple con las condiciones necesarias para la adopción de la moneda única, suprimiéndose la excepción establecida en el considerando 4 de la Decisión 98/317/CE con efectos a partir del 1 de enero de 2001.

Con fecha 18 de noviembre de 2000, fue publicado en el DOCE (L 291) el *Reglamento (CE) 2548/2000, del Banco Central Europeo, de 2 de noviembre de 2000, relativo a las disposiciones transitorias para la aplicación de reservas mínimas por el Banco Central Europeo después de la introducción del euro en Grecia (BCE/2000/11)*. Como consecuencia de la incorporación de Grecia al sistema del euro, las entidades de crédito situadas en su territorio pasan a estar sujetas al sistema de reservas mínimas del SEBC a partir del 1 de enero de 2001, por lo que se establecen determinadas medidas para el período de tránsito.

Con fecha 30 de diciembre de 2000, se ha publicado en el DOCE (L 336), la *Decisión del Banco Central Europeo, de 16 de noviembre de 2000, relativa al desembolso de capital y contribución a las reservas y provisiones del BCE por el Bank of Greece, a la transferencia inicial de activos exteriores de reserva al BCE por el Bank of Greece y a otros asuntos conexos (BCE/2000/14)*. En su virtud, Grecia deberá desembolsar el 95 por 100 de su participación en el capital suscrito del BCE (esto es, 97.679.000 euros). La transferencia de activos exteriores de reserva deberá realizarse en dólares estadounidenses, yenes japoneses y oro, estableciéndose el tipo de cambio a fecha 29 de diciembre de 2000. Finalmente, se establece que Grecia deberá proceder a pagar los importes debidos en concepto de contribución a las reservas y provisiones para reservas del BCE el 30 de marzo de 2001. A efectos de transparencia, se incorpora como Anexo a la Decisión la *Orientación del Banco Central Europeo, de 3 de noviembre de 1998, modificada por la Orientación de 16 de noviembre de 2000, sobre la composición, valoración y formas de la transferencia inicial de activos exteriores de reserva y la denominación y remuneración de los activos equivalentes (BCE/2000/15)*.

Dicha Decisión está en conexión con el *Acuerdo de 16 de noviembre de 2000 entre el Banco Central Europeo y el Bank of Greece relativo al activo acreditado al Bank of Greece por el Banco Central Europeo conforme al artículo 30.3 de los Estatutos del SEBC y a otros asuntos conexos* (DOCE L 336). En su virtud, se redondea la cifra de transferencia de activos exteriores de reserva en 1.028.200.000 euros, que se tomará como referencia para todas las operaciones en curso para la incorporación al Sistema Europeo de Bancos Centrales.

Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro

2. LA MODIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES RECTORAS DE LAS BOLSAS DE VALORES POR LA LEY 14/2000, DE ACOMPAÑAMIENTO: SU “DESMUTUALIZACIÓN”

1. La Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE n.º 313, del sábado, 30 de diciembre de 2000) —también llamada Ley de acompañamiento a la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2001— ha acogido en su generoso seno, siguiendo una inveterada tradición, multitud de reformas legislativas, de muy variado linaje. En particular, el Legislador acompañante se ha mostrado moderado en lo tocante a la “acción administrativa en materia de mercado de valores” dedicando el Capítulo II de su Título V, compuesto por un solo artículo, el 69, a modificar los arts. 47 y 48.1 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante, LMV). Lo modesto de la extensión reformadora no debe oscurecer su importancia en cuanto a la estructura subjetiva de los más importantes mercados secundarios oficiales de valores, cuales son las Bolsas; puesto que ha operado lo que se ha dado en llamar la “desmutualización” de sus Sociedades Rectoras (sobre este fenómeno, ver CASTILLA, M., “La desmutualización de las sociedades rectoras de las bolsas españolas”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, n.º 70, 2000, pág. 107 y ss.). Este proceso consiste en la posibilidad de que entren a formar parte del accionariado de las Sociedades Rectoras de las Bolsas de Valores personas o entidades que no sean miembros de la Bolsa respectiva; rompiendo así el carácter tradicionalmente mutualista de este tipo de sociedades anónimas especiales cuyo capital podía estar en manos, únicamente, de sus miembros. La “desmutualización” viene motivada por la liberalización del sistema de negociación en las Bolsas Europeas y la flexibilidad consustancial a la noción de mercado de valores regulado contenida en la Directiva de Servicios de Inversión (93/22/CEE); y reporta ventajas evidentes cuales son la apertura de nuevas fuentes de suministro de recursos propios a aquellas Sociedades Rectoras, las posibilidades de un go-

bierno más eficiente y la mejor adaptación a la informatización de las Bolsas que rigen.

2. Para comprender el alcance de la reforma introducida en la LMV por la Ley 14/2000, debemos partir de la estructura “mutualista” de las Sociedades Rectoras de las Bolsas de Valores que establecía originariamente la LMV de 1988, según la cual existía una ecuación entre la condición de miembro de una Bolsa de Valores y de accionista de su Sociedad Rectora; de modo tal que tenían la condición legal de miembros de las Bolsas las sociedades y agencias de valores que participaran en el capital de sus Sociedades Rectoras (art. 47) y éstas últimas, por lo tanto, tenían como únicos accionistas a los miembros de la Bolsa respectiva, lo que imponía un régimen especial de aumentos y reducciones de su capital social (art. 48).

3. La Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la LMV, modificó, en los apartados 11 y 12 de su art. 4.º, respectivamente, los arts. 47 y 48 de la LMV, para dar cabida, en la condición de miembros potenciales de las Bolsas de Valores españolas, a todas las entidades mencionadas en el igualmente reformado art. 37; lo cual significaba una doble ampliación frente a la situación anterior puesto que daba entrada tanto a las empresas de servicios de inversión como a las entidades de crédito comunitarias y extracomunitarias que cumplieran las condiciones legales. En todo caso y a los efectos que ahora nos interesan, se mantenía la estructura mutualista de las Sociedades Rectoras porque todos los miembros debían participar en el capital de las Sociedades Rectoras (art. 47) y estas, por lo tanto, tenían como únicos accionistas a todos los miembros, continuando con un régimen especial de aumentos y reducciones de capital para permitir las adaptaciones de su accionariado al ingreso o salida de nuevos miembros de la Bolsa respectiva (art. 48) (ver al respecto nuestra obra *Derecho del Mercado de Valores*, Barcelona, 2000, pág. 215 y ss.).

4. La situación cambia esencialmente cuando el art. 69 de la antes citada Ley 14/2000, en su apartado 1, modifica el art. 47 de la LMV eliminando la exigencia final de que los miembros de las Bolsas de Valores, además de pertenecer a una de las categorías de entidades previstas en el art. 37 de la LMV, “participen en el capital de las Sociedades a las que se refiere el artículo siguiente”. Por lo tanto, para ser miembro de una Bolsa, no será preciso ser accionista de su Sociedad Rectora. En consonancia con lo anterior, el mismo art. 69 de la Ley 14/2000, en su apartado 2, modifica el n.º 1 del art. 48 de la LMV eliminando la exigencia de que las Sociedades Rectoras de las Bolsas de Valores tengan “como únicos accionistas a todos los miembros de las correspondientes Bolsas”; admitiendo expresamente que “el capital de las Sociedades a que se refiere este artículo se (distribuya) entre los miembros de las Bolsas

de Valores que deseen participar en ese capital”; y añadiendo que “asimismo, podrán participar en el capital de esas Sociedades otras entidades o personas”. Todo lo anterior se traduce en la mayor flexibilidad de los criterios de distribución del capital de aquellas Sociedades Rectoras que se remiten, en general, a las condiciones establecidas reglamentariamente por el Gobierno o por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia; y, en particular, a los acuerdos societarios aprobados por la CNMV o la Comunidad Autónoma correspondiente. En todo caso, se mantiene la exención de la aplicación de los arts. 75 a 79, 158 y 164 a 166 de la LSA para los aumentos y reducciones de capital precisos para el ajuste de participaciones accionariales.

5. En conclusión, la “desmutualización” de las Sociedades Rectoras de las Bolsas de Valores significa que la ecuación necesaria entre las condiciones de miembro de una Bolsa de Valores y de accionista de su Sociedad Rectora en la que se basaba la estructura mutualista de estas últimas —establecida por la LMV en su redacción original de 1988 y mantenida, con ampliaciones, en la reforma de 1998— se rompe en sus dos extremos como consecuencia de la reforma introducida por el art. 69 de la Ley 14/2000. De modo tal que, por un lado, puede adquirir la condición de miembro de una Bolsa de Valores una entidad de las previstas en el art. 37 de la LMV que no sea accionista de su Sociedad Rectora (art. 47 LMV); y, por otro lado, pueden participar en el capital de las Sociedades Rectoras de las Bolsas de Valores entidades o personas que no sean miembros de las mismas (art. 48 LMV). Evidentemente, ello no será óbice para que los miembros de las Bolsas sigan participando en el capital de sus Sociedades Rectoras, pero tal participación será voluntaria.

Alberto Javier Tapia Hermida

3. INSTRUCCIÓN DE 12 DE DICIEMBRE DE 2000, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, SOBRE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY HIPOTECARIA EN LA NUEVA REDACCIÓN DADA POR LA DISPOSICIÓN FINAL NOVENA DE LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

El Boletín Oficial del Estado núm. 306, de 22 de diciembre de 2000, publica la Instrucción anteriormente referida, cuyo origen se encuentra en diversas consultas planteadas a la Dirección General de los Registros y del Notariado quien, por considerar de gran importancia las cuestiones suscitadas, ha estimado oportuno resolverlas con una Instrucción “de alcance general”.

Los criterios de la DRGN sobre el alcance y significado de la nueva redacción dada al artículo 86 de la Ley Hipotecaria pueden resumirse brevemente en los siguientes:

- 1) A partir de la entrada en vigor de la nueva LEC debe entenderse derogado el artículo 199 del Reglamento Hipotecario y, con él, la postura favorable a la vigencia indefinida de las anotaciones preventivas que hubieran sido objeto de una prórroga. Por el contrario, con la nueva redacción legal, desaparecen las prórrogas indefinidas de las anotaciones preventivas, las cuales tendrán la duración que expresamente determinen las autoridades competentes para ordenar la prórroga. En este sentido se aclara que pueden existir prórrogas con plazo diferente al máximo de cuatro años, que será aplicable en defecto de determinación expresa de un plazo diferente.
- 2) El plazo de vigencia de cualesquiera anotaciones preventivas debe contarse desde la fecha de la anotación, y no desde la fecha del asiento de presentación del mandamiento que las motiva.
- 3) Por virtud del principio general de irretroactividad de las normas jurídicas, se estima que el nuevo régimen legal no afecta a las anotaciones preventivas prorrogadas en virtud de mandamiento presentado al Registro de la Propiedad antes del 8 de enero de 2001. La vigencia de estas anotaciones se mantendrá con carácter indefinido, según la normativa anterior, sin que proceda ordenar nuevas prórrogas ni practicar asiento alguno respecto de ellas. Por el contrario, las anotaciones preventivas prorrogadas en virtud de mandamiento presentado tras la entrada en vigor de la nueva LEC caducarán automáticamente una vez transcurrido el plazo por el que se haya ordenado la prórroga, contado desde la fecha de la anotación misma.
- 4) La fecha determinante de la aplicación de uno u otro régimen legal es, por tanto, la de la presentación en el Registro de la Propiedad del mandamiento de prórroga de la anotación preventiva. Este mismo criterio se entiende aplicable para los mandamientos de cancelación de cargas, gravámenes e inscripciones, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 134 LH, debiendo atenderse a la fecha de presentación del mandamiento en el Registro, con independencia de la fecha de la resolución judicial en que se acuerde.

Asimismo, la Instrucción se pronuncia sobre otras dos cuestiones como son, en primer lugar, la determinación de quién debe realizar las comunicaciones a titulares de derechos inscritos con posterioridad al gravamen que se ejecu-

ta en las ejecuciones sobre bienes hipotecados, a las que se refiere el artículo 689 LEC. En este caso, la DGRN considera que si se trata de ejecuciones hipotecarias tramitadas todavía por el procedimiento judicial sumario del art. 131 LH, dicha comunicación debe hacerla el Juez; por el contrario, si la ejecución se ha iniciado con arreglo a la nueva Ley, dicha comunicación deberá ser hecha por el Registrador de la Propiedad.

En segundo lugar, se reconoce la competencia de los Secretarios judiciales para expedir los mandamientos por los que se ordene la práctica de anotaciones preventivas o sus prórrogas, pudiendo ser delegada tal facultad por el Secretario en el Oficial del Juzgado. En tales mandamientos debe hacerse constar la fecha de la resolución que acordó la práctica de la anotación preventiva o su prórroga, pudiendo revestir la forma de diligencia de ordenación, propuesta de providencia o auto.

Por último, la DGRN estima que el asiento procedente para hacer constar la manifestación de los acreedores anteriores al gravamen que se ejecuta, sobre subsistencia y cuantía de los créditos, a que se refiere el artículo 657 LEC, debe ser una nota marginal, cuya vigencia será la del asiento de inscripción o anotación preventiva a cuyo margen se practique.

Alfonso Guilarte Gutiérrez

4. RÉGIMEN DE ENCUADRAMIENTO EN LA SEGURIDAD SOCIAL DEL ADMINISTRADOR DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL CAPITALISTA CUANDO, A SU VEZ, ES ACCIONISTA MAYORITARIO O MINORITARIO DE LA SOCIEDAD ACCIONISTA PRINCIPAL

De nuevo nos referimos al régimen en el que procede el encuadramiento de los administradores de sociedades mercantiles capitalistas, pues como se sabe se trata de un tema de grave preocupación en la realidad empresarial actual.

Los regímenes posibles de encuadramiento son el Régimen General de la Seguridad Social (RG) o el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA). En el primero de aquellos se incluyen los administradores gerentes o ejecutivos que, no teniendo el control efectivo de la sociedad, directo o indirecto, perciben alguna remuneración de la misma, bien en

su condición de administradores, bien en virtud de contrato de trabajo con la misma; en el segundo, los administradores, no necesariamente gerentes o ejecutivos, que prestando sus servicios a título lucrativo para la sociedad tienen el control efectivo, directo o indirecto, de la misma [artículo 97.k) y disposición vigésimo séptima LGSS, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio, según la redacción dada e introducida por la Ley 50/1998 de 30 de diciembre].

Las consecuencias, según cual sea el Régimen de encuadramiento, no son intrascendentes pues afectan tanto al régimen de cotizaciones (cuya naturaleza tributaria se discute, aunque se rechaza por la jurisprudencia que le atribuye empero la naturaleza de “prestaciones patrimoniales públicas”), como al de las prestaciones. Debe precisarse que es posible que la inclusión sea procedente en un Régimen Especial en cuanto que asimilados a trabajadores por cuenta ajena, pero para evitar una excesiva extensión en la Noticia y por su sola puntual relevancia (bases y tipos de cotización, y prestaciones, en su caso) sólo se alude en el supuesto correspondiente a “administradores asimilados a trabajadores por cuenta ajena”, al Régimen General de la Seguridad Social (RG).

Efectivamente, si el Régimen de encuadramiento es el General (RG), supuesto de administrador social como asimilado a trabajador por cuenta ajena, las cotizaciones son notablemente más elevadas que en el de Autónomos (RETA).

La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, mediante resolución de 7 de febrero del 2000, transcrita por la Circular de la Tesorería General de la Seguridad social (TGSS) núm. 5-007 de fecha 4 de marzo del 2000, indica el criterio de aquella Administración Pública para cuando se dan las circunstancias que titulan esta Noticia.

El supuesto de hecho utilizado por el Alto Centro Directivo de la Administración se especifican las siguientes circunstancias: “El Sr. A era uno de los tres Consejeros de la sociedad 1 S.A., siendo al propio tiempo también el Director general de la misma, estando distribuido el capital social de la siguiente manera: la sociedad 2 S.L. era la titular del 50%, la sociedad 3 S.A. era la titular del 40% y la una persona física (el Sr. B) era el titular del 10% restante. A su vez don A era socio de 2 S.L., en la que no se especifica la participación que ostenta”.

Aquella Dirección General plantea la cuestión del Régimen de encuadramiento del Sr. A correctamente, si bien la forma de hacerlo es ciertamente confusa, especialmente al indicar que no procede su encuadramiento en el Régi-

men General pero sí podría proceder su inclusión en el Régimen General. Lo cual no obstante ser cierto resulta paradójico a primera vista. Ciertamente no procede el encuadramiento del Sr. A en aquel Régimen (RG) en cuanto trabajador por cuenta ajena (director general) pero sí podría ser adecuado en cuanto que asimilado a trabajador por cuenta ajena (administrador gerente o ejecutivo remunerado en cuanto que trabajador por cuenta ajena). Se indica en la resolución mencionada:

“A la vista de este planteamiento, no cabe duda de que el encuadramiento en la Seguridad Social del Sr. A no puede efectuarse en calidad de trabajador por cuenta ajena, aunque tenga un vínculo laboral con 1 S.A., ya que, a efectos de dicho encuadramiento, el vínculo laboral cedería ante el vínculo mercantil (que también mantiene con la misma sociedad), en virtud de lo dispuesto en el apartado 2, párrafos a) y k) del artículo 97 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).”

“Sentado lo anterior, habría que determinar si al vínculo mercantil, predominante, como se ha dicho, a efectos de su encuadramiento en la Seguridad Social, debe añadirse la nota del control sobre 1 S.A., ya que en el primer caso se aplicaría lo previsto en el apartado 1 de la Disposición adicional Vigésima Séptima de la citada LGSS, recibiendo la consideración de trabajador por cuenta propia o autónomo, mientras que en el segundo se encuadraría en el Régimen General como asimilado a trabajador por cuenta ajena, sin derecho a la protección por Desempleo ni del Fondo de Garantía Salarial.”

A continuación, y con mejor fortuna, la resolución administrativa aborda la cuestión del control de las sociedades mercantiles, extremo en el que, preciso es indicarlo, la resolución tampoco es muy comprensible pero en este caso no depende en absoluto del contenido de la misma, sino de que el régimen legal es errático (¿que es un “trabajador autónomo”?; ¿acaso no es siempre el administrador social un trabajador por cuenta ajena, aun cuando no tenga la condición de asalariado?), contradictorio en sí mismo, con el ordenamiento jurídico de las sociedades mercantiles “capitalistas”, desconocedor de la idea de empresario (¿acaso un socio, aun cuando sea único, es el empresario?, piénsese en la Duodécima Directiva y el régimen de las sociedades Anónimas y Limitadas de un solo socio en nuestro ordenamiento) y nada respetuoso con la noción misma de persona moral o jurídica que se aplica en los ordenamientos jurídicos de corte occidental (¿cómo se puede “levantar el velo” de la personalidad jurídica indiscriminadamente, si no se da ninguna de las circunstancias indicativas del abuso de la personalidad?). La falta de rigor lógico y la incoherencia en las regulaciones jurídicas es la antesala de la arbitrariedad y la injusticia, no debe olvidarse, y desde luego el régimen legal arbitrado en nuestro ordenamiento es el paradig-

ma de la ilogicidad e incoherencia y, consecuentemente, de la inseguridad jurídica (contrariando uno de los fines esenciales del Derecho), posibilitando actuaciones administrativas opuestas, cuando no arbitrarias, lo que obligará a interpretaciones correctoras de la Ley en una paciente labor de los Jueces y Tribunales. Indica la resolución aludida:

“A este respecto, debe señalarse que el control de las sociedades mercantiles al que la LGSS se refiere en estos supuestos de encuadramiento de socios trabajadores y administradores, y cuya existencia es determinante de la consideración de trabajador por cuenta propia, puede ser tanto directo como indirecto, de acuerdo con el primer párrafo del apartado 1 de la ya mencionada Disposición Adicional Vigésima Séptima de la LGSS. Así, aunque en el caso planteado, al no ser el Sr. A accionista de la sociedad 1 S.A. en la que presta servicios pero sí participe en el capital de la sociedad 2 S.L., que a su vez tiene el 50% del capital de aquella, el posible control a considerar, sería, en su caso, ‘indirecto’, esta circunstancia resultaría indiferente en cuanto al Régimen del Sistema aplicable.”

“Dado que en su escrito no se especifica el porcentaje de participación que tiene el Sr. A en el capital de 2 S.L., sólo podemos informarles que si dicho Sr. fuese socio único de la misma, lógicamente, el Régimen del Sistema que le correspondería sería, sin duda, el especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, en virtud del primer párrafo del apartado 1 de la reiterada disposición Adicional Vigésima Séptima de la LGSS, y lo mismo cabría afirmar aunque tuviese una participación en el capital inferior al 100% pero superior al 50%, ya que en ambos casos debe deducirse que tiene el control de 2 S.L. también ha de tener, aunque de forma indirecta, el control de 1 S.A., pues 2 S.L. controla dicha sociedad al alcanzar el 50% de su capital”.

“Ahora bien, si la participación en el capital de 2 S.L. del Sr. A fuese inferior al 50% y se encontrara en alguna de las circunstancias previstas en el apartado 1 de la Disposición Vigésima Séptima de la LGSS, se presumiría que posee el control efectivo de dicha sociedad y también, por tanto, que tiene el control indirecto de 1 S.A., salvo que se aportara prueba en contrario. Conviene subrayar, a este respecto, que quienes tienen atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad y su participación en el capital de la sociedad es, al menos, de la cuarta parte del mismo pero inferior al 50% (circunstancia 3.ª del apartado) se les aplica la expresada presunción.”

“Fuera de los supuestos de control, directo o indirecto, previsto en el apartado 1 de la Disposición Vigésima Séptima de la LGSS, los miembros de los órganos de administración de sociedades mercantiles capitalistas que realicen

funciones de dirección y gerencia de la sociedad y sean retribuidos, bien por su condición de consejeros o administradores, bien por tener además la condición de trabajadores por cuenta de la misma, están incluidos en el campo de aplicación del Régimen General (si no corresponde algún Régimen Especial de trabajadores por cuenta ajena) como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por Desempleo y del Fondo de Garantía Salarial.”

Con esta resolución se despeja sin duda un supuesto que pudiera generar conflicto en cuanto a la determinación del Régimen de encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social. Ciertamente la resolución es acorde con el sistema legal, el cual debe ser objeto de crítica negativa, por cuanto a lo ya señalado debe añadirse la inconsecuencia interna al propio sistema que es hacer primar el encuadramiento en el Régimen de Trabajadores por cuenta Propia o Autónomos frente al encuadramiento en el Régimen General, el cual tiene la condición de primario en cuanto que núcleo del propio sistema y orientador de los (por circunstancias socio-económicas) “inferiores” (inferior protección) Regímenes Especiales.

Antonio Tapia Hermida

5. OPCIONES SOBRE ACCIONES: LAS CANTIDADES DERIVADAS DEL EJERCICIO DE OPCIONES SOBRE ACCIONES CONCEDIDAS POR LA EMPRESA A LOS EMPLEADOS COMO CONSECUENCIA DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO NO SON SALARIO

Los planes de opciones sobre acciones a favor de todos o una parte de los empleados se han extendido por doquier bien como una forma de fidelizar a los empleados, bien como un medio de premiar determinados comportamientos de determinado personal (ordinariamente perteneciente al management), bien con el fin de obtener, por la posición dominante que los administradores sociales y personal de alta dirección o directivo mantienen en las grandes corporaciones, suculentas ganancias que se añaden a sus retribuciones. El “asunto Telefónica” (del que se ha dado cumplida noticia en el diario *El País*, véase la obra *El negocio de la libertad* de Jesús Cacho, Madrid, 1999, pág. 548) ha dado lugar a una razonable regulación del reparto de tales prebendas entre administradores sociales y personal directivo (de alta dirección y de dirección alta, por contraposición al personal directivo que no es “alto” en ninguna de las anteriores especies) en la Ley de “acompañamiento” a la de Presupuestos Generales del Estado. Pero no es el caso de tratar, en esta Noticia, de esta nueva regulación de la que ya se ha dado cumplido conocimiento.

Limitándonos a los planes de opciones sobre acciones que, con periodicidad habitualmente anual, los empresarios societarios conceden a todos o parte de sus empleados, preocupan seriamente, por cuanto aquellos valores pueden llegar a tener un precio muy relevante en el mercado (así respecto de las empresas que cotizan en el “nuevo mercado”, que son precisamente entre las que está más extendida aquella práctica), y de ejercitarse por los trabajadores pueden llegar a representar un coste indirecto para la empresa derivado de su integración en las bases de cálculo de indemnizaciones de despidos disciplinarios individuales, despidos objetivos, despidos colectivos, indemnizaciones de diverso orden (traslados, etc.), y fiscales, señaladamente en materia de cotización a la Seguridad Social, difícilmente soportables. La cuestión se resume pues en la contestación que se dé al siguiente interrogante:

¿Son salario las opciones mismas? De ser la respuesta positiva ¿cómo se valoran? De ser negativa la respuesta ¿es salario la cantidad derivada del ejercicio de las opciones?

La primera cuestión esta en delimitar qué es “salario”. El salario es, en general, “la retribución que corresponde a la fuerza de trabajo subordinada a la prestación de su actividad laboral” (V. Valli, *Los salarios*, pág. 9). En esa amplia perspectiva se ha definido que el concepto salario o retribución comprende “todas las gratificaciones en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aunque sea indirectamente, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo” (Sentencia de 17 de mayo de 1990 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Asunto C-262/88, Baber. Reiterada en la jurisprudencia comunitaria posterior, así en su reciente sentencia de 30 de marzo el 2000, Asunto C-236/98, Jamsralldhetsombudsmannen y Orebro lans landsting).

Como indica el prof. M. Alonso Olea (*Introducción al Derecho del Trabajo*, pág. 56) “si el trabajo es, conjuntamente, productivo y por cuenta ajena, la atribución de los frutos a persona distinta del trabajador forzosamente ha de estar acompañada por la entrega por la primera al segundo de medios de subsistencia sustitutivos de los frutos del trabajo; sencillamente, quien hace suyos los frutos resultantes del trabajo de otro acepta la carga de dar algo en compensación de los propios frutos, de forma que, traslativamente, éstos sigan cumpliendo, respecto del trabajador, su finalidad esencial”.

Salario y trabajador van de la mano en la realidad sociopolítica actual y son nociones inescindibles, siendo elementos centrales de una disciplina jurídica, el Derecho del Trabajo. No obstante el elemento nuclear, para poder delimitar el “salario” en nuestro Derecho, es el “trabajador por cuenta ajena” (esto es,

el ser humano que lleva a cabo un trabajo productivo, libre y por cuenta ajena) que se considera como tal por el ordenamiento jurídico positivo.

Como se ha cuidado de destacar el Tribunal Constitucional en su Sentencia 227/1998, de 26 de noviembre (dictada en las cuestiones de inconstitucionalidad 3595/1995 y 67/1996), Fundamento jurídico 5, “el concepto de trabajador por cuenta ajena, a los efectos de aplicación del conjunto normativo que constituye el denominado Derecho del Trabajo, y de su regulación por la norma estatutaria a la que remite el (...) art. 35.2 CE, no aparece expresamente definido en la Norma suprema y no se halla, por tanto, constitucionalizado. Es al legislador a quien corresponde pues, su determinación y la articulación de un régimen jurídico de carácter estatutario. La calificación como laboral o no de las relaciones contractuales, y el correlativo régimen jurídico aplicable a las mismas es tarea que incumbe al legislador estatal (...) conforme a los criterios que al respecto adopte en orden a dicha configuración, para, en función de tales criterios, someter la prestación de servicios al ordenamiento laboral o a la regulación propia de los contratos civiles o mercantiles”.

De las consideraciones anteriores así como de la teoría del salario (léase Ricardo, Marx, los neoclásicos, Keynes, Philips Sraffa, etc.), se infiere que no es el salario el que cualifica la relación de trabajo, sino a la inversa, que hay salario allí donde existe relación de trabajo, de tal manera que utilizarlo fuera del ámbito de la relación laboral parece impropio (por más que económicamente pueda ser equivalente a cualquier tipo de retribución).

El artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores (Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) establece lo que es salario y las percepciones del trabajador vinculadas a la prestación del trabajo, abonadas por el empresario, que carecen de aquella condición, en nuestro sistema de relaciones industriales, en una idea más cercana a la Sentencia del Tribunal de Justicia comunitario de 17 de mayo de 1990. La idea central es la que aparece en la primera parte del apartado 1 de dicho precepto:

“Se considerará salario a la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos computables como de trabajo.”

Los planes de opciones sobre acciones constituyen una manera en la que se muestran más claramente los grupos empresariales como “un solo empresario”, y debiera tomarse como un indicio relevante de su existencia y condición de

único empresario, de tal manera que, sin necesidad de que concurran los requisitos que tradicionalmente viene exigiendo la jurisprudencia (prestación del trabajo para o aprovechamiento del trabajo por diferentes empresas del grupo, unidad patrimonial, unidad de dirección, caja única, etc.), bastase la existencia de un plan de opciones común al grupo, el ofrecimiento de acciones de cualquier otra sociedad diferente de la titular de la empresa para la que presta sus servicios el trabajador, especialmente si son de la sociedad cabecera del grupo, para considerar al grupo como “el empresario”.

Las consecuencias de ser consideradas salarios opciones sobre acciones son de todo punto evidentes, máxime si el resultado de su ejercicio se integra en la noción de salario, pero, en la situación actual, basta con desviar las opciones sobre acciones a las de otra sociedad del grupo (pues esta no se considerará “el empresario” a la luz de los parámetros más tradicionales), o sobre una sociedad que sea ajena al grupo mercantil, para que se pretenda cuestionar su carácter no salarial.

Algunas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia (p. ej. Galicia) ya han abordado el tema de opciones sobre acciones no ejercitadas por los trabajadores, entendiendo que se trataban de meras expectativas y que como tales no tenían carácter de salario. Ciertamente no parece que dicha calificación jurídica sea irreprochable, pues de un contrato de opción se derivan derechos y no meras expectativas. La neutralidad fiscal de tales opciones, en tanto no se ejercitan, no plantea un problema insoluble de valoración, y no puede confundirse su no consideración de ingreso a efectos impositivos, en un determinado período, con su condición de derecho con transcendencia salarial (incluso acudiendo a una ficción) en momentos precisos.

La peculiaridad de la Sentencia de 21 de febrero del 2000, del Juzgado de lo Social núm. 17 de los de Madrid, dictada en autos de procedimiento D-483/98, constituye una de las primeras resoluciones judiciales que cuestiona el alcance salarial de los rendimientos obtenidos por la venta de acciones derivadas de opciones ejercitadas, concedidas por una sociedad del grupo (cabecera) en razón de la relación laboral.

El supuesto de hecho de la Sentencia de 21 de febrero del 2000, antes referida, es diferente. El actor, a la sazón “directivo alto” (Director Financiero), ejerció las opciones conferidas. El Cuarto Hecho Probado de la Sentencia establece: “mediante escritos de fechas (...) DCC participó al actor la posibilidad de suscripción de un contrato de opción no estatutaria de compra de acciones basado en el plan de compra de opciones de (...) de dicha entidad, con el número de acciones y el precio de ejercicio por acción, así como en las condiciones que en

dichos documentos figuran (...). El actor en (...) vendió (...) acciones de DCC a un precio de (...) por acción, habiendo obtenido un producto neto en la liquidación de (...). Asimismo en (...) vendió acciones de DCC a un precio de (...) por acción, habiendo obtenido un producto neto en la liquidación de (...), el actor tenía en su cuenta de valores acciones de (...) acciones de DCC (habiendo realizado en los años (...) las operaciones en relación con las acciones de DCC (...).”

El actor presentó al consejero delegado de la sociedad para la que prestaba sus servicios (DFESA filial al 100% de DCC) su irrevocable decisión de dimitir, no obstante lo cual, y cuando estaba disfrutando de sus vacaciones retribuidas, se le notificó el despido disciplinario, imputándosele una serie de irregularidades. Presentada demanda por despido éste se declaró improcedente en la sentencia referida. No obstante, en la misma se discute el importe del salario al momento del despido, elemento necesario para poder fijar la indemnización y salarios de tramitación devengados. Sobre el mismo se mantenían posiciones discrepantes por parte del actor y de los demandados (las sociedades del grupo, esto es, la sociedad para la que el mismo trabajaba, DESA, DCSA y DE, sociedades del grupo, así como DCC, que resultaba ser la cabecera del grupo), pues (Fundamento de Derecho Primero), “El demandante además de lo que reconoce la demanda como salario (más de 14.000.000 de pts.), considera que deben incluirse en el mismo las cantidades derivadas de los planes de opciones anuales sobre compra de acciones concedidos por la empresa a una parte de sus empleados, como consecuencia del contrato de trabajo (en total más de 80.000.000 de pts.)”. El Magistrado-Juez *a quo* resuelve, en el siguiente sentido:

“Siendo las cosas así, no debe considerarse como salario aquellas cantidades que pretende el demandante en cuanto a la plusvalía por la venta de las acciones y ello por las siguientes razones: a) porque, proviniendo las acciones de DCC y no habiendo sido el actor trabajador de la misma, no debe entenderse como salario lo que proviene de quien no es empleador; b) porque la plusvalía obtenida por la venta de acciones no es salario, sino que ello es una consecuencia del mundo mercantil bursátil, en el que se mueven todas las operaciones de compra y venta de acciones, pero que es ajeno al ámbito laboral y no hay más que pensar qué hubiera ocurrido si en vez de plusvalía hubiera ocurrido lo contrario, es decir pérdidas por la venta de las acciones ¿ello supondría no haber tenido salario?; y c) porque, en definitiva, ha de considerarse como una oferta hecha por tercera persona, en este caso DCC, al demandante, de suscripción de acciones, oferta que puede o no ser aceptada y, caso de que se acepte, no puede ser considerado salario.”

El criterio del juzgador *a quo* no es irreprochable, y los argumentos utilizados se antojan rebatibles. Quedando en el aire la siguiente pregunta: ¿Qué hu-

biera resuelto el juzgado *a quo* si las opciones sobre acciones de DCC las hubiera ofrecido el “empresario inmediato”, es decir la sociedad para la que prestaba servicios el trabajador y que inmediatamente ingresaba en su patrimonio el resultado de su trabajo? Además ¿acaso es posible decir que no ingresaba en el patrimonio del grupo, si éste venía obligado a consolidar cuentas? ¿Qué sentido tiene si no la consolidación de cuentas? Por último: si no fue en condición de empresario, es decir por virtud de la relación laboral con el grupo, ¿en qué condición DCC ofreció sus acciones al demandante?. Tratándose de un plan de acciones para los empleados, ¿sería admisible un ofrecimiento de esas características, (al margen de su condición de empleado-trabajador del grupo) un ofrecimiento de opciones sobre acciones en las ventajosas condiciones del plan, a la luz de la legislación en materia de mercados de valores? No siendo aquí el lugar ni el momento para el ejercicio de contra-argumentaciones a las del juzgado *a quo*, ni de debatir sobre la estructura misma de la argumentación empleada, baste con señalar que la problemática está abierta, siendo así que se trata de un sistema de “retribución” según la terminología usual, no técnica, que probablemente esté llamada a un gran protagonismo en los albores de cambios profundos en los sistemas de relaciones de trabajo en la era de la informática.

Antonio Tapia Hermida

6. CÓDIGO DE CONDUCTA DEL BANCO EUROPEO DE INVERSIONES

Con fecha 19 de enero de 2001, se ha publicado en el DOCE (C 17) el *Código de buena conducta administrativa del personal del Banco Europeo de Inversiones en sus relaciones con el público (2001/C 17/08)*. Dicho Código consta de 18 artículos y entró en vigor el día 20 de enero de 2001.

El Código resulta aplicable tanto al personal del Banco como a las personas que prestan sus servicios para el mismo, siempre que así resulte de su contrato de colaboración, y se refiere exclusivamente a las relaciones con el público, quedando expresamente excluidas las relaciones del Banco con su personal, con los profesionales que contrate o con otros contratantes, todo ello sin perjuicio de las normas específicas en materia de acceso a la documentación del Banco (a las que hemos hecho referencia en números anteriores de esta Revista).

Por una parte, se recogen principios de actuación de carácter general, como la legitimidad, en cuanto supone actuación conforme al derecho vigente; la ausencia de discriminación como igualdad de trato en la tramitación de solicitudes; la ausencia de abuso de poder; la justicia y lealtad, “sin dejarse influenciar por consideraciones ni relaciones personales”; la confianza legítima y coheren-

cia, de acuerdo con las prácticas administrativas habituales del Banco; y la cortesía.

Por otro lado, se regula genéricamente el proceso de tramitación de solicitudes, que deben atenderse, previa expedición en principio (y salvo excepciones tasadas) de acuse de recibo, siempre que se encuentren dentro del ámbito de incumbencia respectivo (remitiéndolas, en caso contrario, al servicio competente), o justificando, en su caso, la razón de confidencialidad que lo impida, en la lengua utilizada por el ciudadano. Las respuestas a las solicitudes deberán remitirse en un plazo razonable no superior a dos meses desde la recepción de la solicitud o reclamación (salvo demora por razón de complejidad, que deberá comunicarse al interesado), de forma motivada, que sólo puede aplazarse en caso de darse inicialmente una respuesta normalizada en supuestos de consultas similares por un gran número de personas.

La actuación del personal del Banco debe estar presidida por el respeto a los derechos del público, y de conformidad con las normas de protección de datos personales, estando sujeta a la formulación de reclamaciones, que deberán ser cursadas en el plazo de dos meses desde la recepción del correo objeto de reclamación.

La voluntad manifestada del Banco es la de conferir publicidad al Código al que nos referimos de la forma más amplia.

Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro

7. SOBRE EL PROBLEMÁTICO CARÁCTER SALARIAL DE LAS STOCK OPTIONS

La sentencia de 5 de junio del 2000 del Juzgado de lo Social núm. 30 de los de Madrid niega el carácter de salario a las stock options, considerando que se trata (Fundamento de Derecho Quinto) de “derechos con expectativas, derechos que conllevan una facultad de decisión que solo corresponde al trabajador, es decir su efectividad no está en manos del empleador sino de la otra parte de la relación laboral (...) esas expectativas entrañan un resultado aleatorio de cara al patrimonio del trabajador, con la posibilidad de obtener ganancias”, insistiendo en que “la ocasión de ganancia no es ni tiene la naturaleza del salario. El empleador actúa en todo caso como medio para obtenerlas”.

Aquella negación se efectúa no obstante poderse constatar el “indisoluble nexo de causalidad entre prestación de trabajo y opciones (en cuanto que se

concedían a trabajadores en activo) y que la noción de salario gira ya fuera de la correlación estricta con el trabajo realizado, situándose en una mucho más amplia y genérica referencia al trabajo, más ajustada a la idea de “retribución” manejada por la jurisprudencia comunitaria.

Resume la sentencia el carácter no salarial de las stock options, en los siguientes puntos:

A) En cuanto al contrato de trabajo: a) “El salario y las opciones sobre acciones que una empresa concede a sus trabajadores, tienen un punto en común, el contrato de trabajo, la relación laboral”; b) “A partir de ese nexo común, las divergencias son evidentes. No se ‘da’ por el empleador algo específico, concreto, bien en metálico bien en especie, sino expectativas. El trabajador adquiere un derecho cuyo ejercicio tiene resultados aleatorios de cara a su patrimonio;

B) Relativos a la adquisición y ejercicio del derecho: c) “Depende exclusivamente de su voluntad tanto la adquisición como el ejercicio y en función de los parámetros que marca el mercado de valores”; d) “El empresario actúa como medio para la obtención de ganancias en su caso. Una ocasión de ganancia no es salario”;

C) Sobre la naturaleza del salario: e) “Las opciones sobre acciones no tienen el carácter de irrenunciables que tiene el salario. El trabajador puede libremente hacer decaer su derecho ante las expectativas de no ganancia”; f) “Pueden proceder de un tercero ajeno al empleador. Un tercero ajeno a la relación laboral”; g) “la mayor o menor cuantía de adquisición de las acciones depende de parámetros bien distintos a los módulos de fijación del salario, que actúa a su vez como factor determinante junto a la posición del trabajador en la Empresa”; h) “No tiene naturaleza de complemento salarial”;

D) Afectantes a la naturaleza mercantil y no laboral: i) “El incentivo que originan en el trabajo no tiene su razón de ser en una relación laboral, sino en expectativas de una mayor ganancia”; j) “Tiene verdadera naturaleza mercantil y no laboral”.

Desarrolla una compleja, larga, y completa argumentación para fundamentar las conclusiones anteriores, actuando a modo de motivación de cada una de ellas y por supuesto del fallo de la sentencia. El magistrado *a quo* entiende que el carácter no salarial de las stock options tiene su razón de ser en que:

1. “El salario es irrenunciable por parte del trabajador, carácter que se extiende también a su cuantía. Las opciones sobre acciones se ofertan

por el empleador al trabajador, pero no se impone por parte de éste su adquisición. Caso de aceptarse o acogerse por parte de éste al Plan lo que el trabajador ostenta realmente es un derecho con expectativas de ganancia, expectativas que dependerán única y exclusivamente del valor de las acciones en el mercado bursátil. Si el salario supone un incremento patrimonial para el trabajador, las opciones sobre acciones no siempre suponen tal incremento. Indudablemente tampoco habrá merma patrimonial pues lo que hará es no ejercitarlo, con lo que no tendrá que abonar el precio de compras o de ejercicio”.

2. “Con frecuencia el capital subyacente no es ni siquiera del empresario sino de un tercero, de una Sociedad ajena a la relación laboral unida a aquel por vínculos societarios o mercantiles”.
3. “Todo salario tiene un módulo fijador (unidad de tiempo, unidad de obra, etc.), requisito del que carecen las opciones sobre acciones. La posibilidad de adquirir un mayor o menor número estará en función de parámetros bien distintos, posición del trabajador en la empresa y su retribución, a mayor retribución mayor posibilidad de adquirir un número más elevado de acciones. El salario, de esta forma, juega como elemento determinante del capital subyacente a adquirir”.
4. Las diferencias anteriormente señaladas “hacen que indudablemente tampoco puedan considerarse como complementos salariales, entrañaría un contrasentido, en cuanto tienen la misma naturaleza que aquel. Los complementos son salarios cualificados por alguna concausa (antigüedad, puntualidad, puesto de trabajo, etc.) sobre ellos opera el mismo régimen y razón de ser que los salarios *strictu sensu*. Hemos dicho que las opciones sobre acciones actúan como incentivo sobre el rendimiento del trabajador, pero no nos equivoquemos, este incentivo a mayor rendimiento tiene su razón de ser en que se vean culminadas las expectativas de ganancia. Es decir, no es válida la fórmula a mayor rendimiento mayor salario, sino a mayor rendimiento mayor posibilidad de que el ejercicio del derecho de opción se vea coronado por el éxito patrimonial”.
5. “Si bien es cierto que la jurisprudencia viene estableciendo la presunción de que todo lo que recibe el trabajador del empresario es salario, las razones antes sindicadas obligan a romper esta presunción *iuris tantum*, escapando de la naturaleza salarial una mera expectativa, que no siempre se convierte en aumento patrimonial por parte del trabajador, cuyo ejercicio solo corresponde a él y que asimismo depende también de su voluntad la adquisición del derecho de opción sobre

acciones. Tales caracteres, de expectativa y de aleatoriedad, mal se compaginan con la naturaleza del salario.”

6. “El contrato de opciones sobre acciones puede nacer al socaire del contrato de trabajo, pero son contratos de naturaleza y contenido muy diferentes, incluso pueden afectar a partes distintas, no es posible, por tanto extrapolar elementos de éste a aquél. Que el contrato de trabajo sea la causa por la que el trabajador sea titular de un derecho sobre opciones de compra de acciones, no nos debe llevar a confundir elementos de su contenido, pues la facultad que éste entraña es una facultad de configuración, que permite a quien la ostenta establecer en el futuro una relación jurídica en su favor con posibilidad de plusvalía, y ello indudablemente no se corresponde con el elenco de obligaciones mutuas del contrato de trabajo”.
7. “Estas expectativas de ganancia están en función del precio del activo en el mercado de valores, lo que configura al derecho sobre opciones sobre acciones de verdadera naturaleza bursátil, es decir mercantil y no laboral”.

En la crítica a la sentencia referida no puede olvidarse que la legislación fiscal (Ley 40/1998 de 9 de diciembre y Real Decreto 214/1999 de 5 de febrero, IRPF-98) considera que no tienen la consideración de rendimientos del trabajo en especie la entrega a los trabajadores en activo, de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado de acciones o participaciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo y subgrupo, en su caso, de sociedades, en los que se den los supuestos del artículo 42 del Cco, en la parte que no exceda, para el conjunto de las entregadas a cada trabajador, de 500.000 pts. anuales o 1.000.000 de pts. en los últimos cinco años.

La entrega requiere además que se dé el siguiente conjunto de circunstancias específicas: que se realice dentro de la política retributiva de la empresa o del grupo, contribuyendo a la participación de los trabajadores en la empresa; que cada uno de los trabajadores, individualmente considerados o conjuntamente con su cónyuge y demás parientes hasta el segundo grado, no logren una participación, directa o indirecta en cualquier sociedad del grupo, superior al 5%; que los títulos (valores) se mantengan, al menos, durante tres años.

La Administración tributaria, mediante consulta 0711-99, de fecha 4 de mayo de 1999, resuelve que en el artículo 24 de la Ley 18/1991 (IRPF-91), *pari passu* artículo 16.1 IRPF-98, han de considerarse incluidas las opciones sobre acciones, dándoles, a la postre, el mismo tratamiento que el subyacente, accio-

nes o participaciones, con los mismos criterios expuestos en los apartados precedentes, exponiendo la obligación de efectuar las correspondientes retenciones.

En conclusión, y en contra del criterio sostenido en la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, antes citada, puede sostenerse que la entrega de acciones o participaciones a los trabajadores constituye retribución con efectos tanto fiscales como laborales y en materia de cotizaciones sociales, extremo en que resulta ilustrativa la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de junio del 2000 (Asunto C-35/98, Verkooyen).

Siguiendo con la jurisprudencia comunitaria, resulta que aquella tiene reiteradamente establecido que (a los efectos del artículo 119 del Tratado CE) “se entiende por retribución el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empleador al trabajador en razón de la relación de trabajo” (así en la STJCE de 21 de octubre de 1999, Asunto C-333/1997, Lewen). La impronta de futuro, ínsita en las stock options, a tenor de la misma jurisprudencia, se resuelve al tener indicado [sentencia de 9 de febrero de 1999 (Asunto C-167/97, Seymour-Smith y Pérez, apartado 40) que el concepto de retribución alcanza a: “todas las gratificaciones en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aunque sea indirectamente, por el empresario al trabajador en razón de su trabajo” (en el mismo sentido las SSTJCE de 25 de mayo de 1971, Asunto 80/70, Defrenne; 9 de febrero de 1982, Asunto 12/81, Garland, y 17 de mayo de 1990, Asunto C-262/88, Barber].

Antonio Tapia Hermida

8. LA SEGUNDA PRÓRROGA (HASTA EL 16 DE NOVIEMBRE DE 2002) DEL PLAZO PARA EXTERIORIZAR LOS COMPROMISOS EMPRESARIALES POR PENSIONES

1. Uno de los procesos más importantes que se han producido, en los últimos años, en el marco de la previsión social complementaria, es el de la necesaria instrumentación y exteriorización de los compromisos empresariales por pensiones. Este proceso surge de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP), que modificó la Disposición adicional 1.ª de la Ley 8/1987, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (LFPF) y estableció un régimen transitorio de acomodación de los compromisos contraídos a los dos instrumentos permitidos por la citada LFPF: planes de

pensiones y contratos de seguro colectivos de vida (ver nuestra noticia en esta RDBB n.º 69, 1998, pág. 285 y ss. y LA CASA GARCÍA, R., *Contrato de seguro y previsión social complementaria en el ámbito laboral*, Madrid, 2000). El régimen legal se desarrolló a través del Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, aprobado por Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre (en adelante, RICP) (ver nuestra noticia en esta RDBB n.º 76, 1999, pág. 206 y ss.).

Además de la relevancia que este proceso tiene en el marco de la previsión social complementaria, debe advertirse sobre el impacto que la exteriorización producirá en nuestros mercados financieros y, más en concreto, en nuestro mercado de valores, puesto que las grandes masas de recursos exteriorizados se dirigirán, en su mayor parte, hacia este último; en el que recordemos que tanto los fondos de pensiones como las entidades aseguradoras tienen la consideración de inversores institucionales [art. 7.1.a) del Real Decreto 291/1992].

2. En lo que a esta noticia interesa, procede recordar que el legislador de 1995, consciente de la complejidad e importancia del proceso de exteriorización, estableció, en la Disposición transitoria 14.ª de la citada LOSSP, un plazo de tres años —que vencía el 10 de mayo de 1999— para que las empresas adaptaran la materialización de los recursos afectos a sus compromisos por pensiones a lo dispuesto en la Disposición adicional 1.ª de la LPFP. Dado que la mayor parte de tales compromisos están instrumentados mediante fondos internos de previsión social no separados del patrimonio del empresario deudor, aquella adaptación exige su exteriorización o trasvase al patrimonio del fondo de pensiones en el que el plan de pensiones respectivo esté integrado o al de la entidad aseguradora con la que se celebre el contrato de seguro correspondiente (ver nuestra noticia en esta RDBB n.º 78, 2000, pág. 207 y ss.).

3. El retraso en la promulgación del RICP antes citado motivó una primera extensión del plazo inicialmente previsto hasta el 1 de enero del año 2001 por obra de la Disposición adicional 13.ª de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; fecha que después reflejó el propio RICP en su art. 2.

4. Pues bien, el plazo prorrogado se ha considerado insuficiente y, a petición unánime de los agentes sociales implicados en el proceso de exteriorización, nuestro legislador lo ha extendido por segunda vez hasta el 16 de noviembre de 2002 mediante la Disposición adicional 25.ª de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Con ser justificada esta segunda extensión del plazo de exteriorización, nos permitimos recordar que se ha sobrepasado sobradamente el plazo máximo que esta-

blecía el art. 11 de la Directiva 80/987/CEE para que los Estados Miembros adaptaran su legislación a lo establecido en la misma; en particular, a lo previsto en su art. 8, que constituye la razón de ser del proceso de exteriorización, según han reconocido expresamente la LOSSP, en el apartado n.º 7 de su exposición de motivos y el RICP, en su preámbulo. En todo caso, convendría no alargar, hasta el infinito, la necesaria exteriorización mediante prórrogas sucesivas por cuanto, durante este tiempo, el cumplimiento de los compromisos empresariales por pensiones está en una situación de riesgo objetivo al permanecer vinculados los medios patrimoniales afectos a aquel cumplimiento al destino del patrimonio de la empresa deudora y, en concreto, al poder de agresión de sus acreedores sin separación patrimonial.

Alberto Javier Tapia Hermida

9. INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13/CE SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. INTRODUCCIÓN

Conviene hacer una breve introducción en la que se especifique, en grandes rasgos, la génesis de la Directiva 93/13/CE (Directiva 93/13/CE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas de los contratos), ya que en parte alguno de los elementos que en este Informe de la Comisión [Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores, COM (2000) 248 final] se ponen de manifiesto, son debidos a la forma en que vio la luz.

A mediados de los años setenta, algunos países europeos promulgaron leyes que regulaban las condiciones generales de la contratación, siendo la AGB-Gesetz alemana de 1976 (en Dinamarca se promulgó con dos años de antelación, 1994, una Ley sobre prácticas comerciales, en las que se comprendían las cláusulas abusivas. Posteriormente, y antes de la D. 93/13/CE, se promulgó la Ley de cláusulas contratuais gerais portuguesa, en 1985) la que más influiría en el panorama europeo, aunque sin perder de vista a la Unfair Contract Terms Act inglesa de 1997, que incorpora el sistema norteamericano.

El Consejo de Europa, a la vista del desequilibrio que se producía entre los países de la CE en materia de contratos, formula una Recomendación relativa

a las cláusulas abusivas [Resolución 76 (47) del Consejo de Europa de 16 de noviembre de 1976] en la que entre otras cosas recomienda se armonice el sistema de contratación, mediante contratos tipos, que contengan cláusulas abusivas. La cuestión se plantea, por primera vez, en el Primer Programa para una política de los consumidores que aprobó el Consejo Europeo, siendo en el ámbito del Segundo Programa en el que se realizaría el encargo de elaborar un primer documento de reflexión sobre el tema, lo que originó la Comunicación al Consejo de febrero de 1984 [COM (84)55 final de 14 de febrero de 1984], que sería el germen de la posterior propuesta de Directiva sobre cláusulas abusivas.

La Propuesta se realizó el 27 de julio de 1990, y como ya sabemos se aprobó tres años después, fruto de un largo debate, en gran medida por los distintos modelos jurídicos en Europa, lo que exigió un consenso que permitió su aprobación por unanimidad, a pesar de las críticas que había recibido en el Parlamento Europeo, que estuvo a punto de rechazar la propuesta.

En todo caso se reconoció, en aquel momento, que la Directiva suponía un avance en la mayoría de las legislaciones de los países miembros, y que en todo caso el carácter de “norma mínima” permitía adoptar o mantener a los países sus propias disposiciones al respecto. No obstante, teniendo en cuenta la génesis de esta norma, se propuso, en el artículo 9.º que, a lo más tardar, cinco años después de su transposición, se presentara un Informe por la Comisión, en el que se hiciera un balance de su aplicación.

Cumpliendo este mandato el Informe que presenta la Comisión tiene un doble objetivo:

- Analizar críticamente el sistema seguido en la armonización legislativa, y su posterior aplicación en los estados miembros.
- Abrir un debate público, que aporte ideas para una posible revisión de la Directiva.

Conviene destacar la importancia que tienen los trabajos que ha venido realizando la Comisión, desde la promulgación de la Directiva, especialmente el Proyecto CLAB [Base de Datos de Cláusulas Abusivas; es una base de jurisprudencias nacionales, entendiendo por tales las derivadas no solo de los órganos judiciales, sino administrativos, de arbitraje, e incluso acuerdos voluntarios, de forma que se observe la práctica en la aplicación de las normas nacionales. Al día de hoy aparecen registrados 7.649 casos (Anexo III del Informe)], instrumento de gran utilidad para el análisis de la práctica en el mercado inte-

rior. Hoy día se dan las condiciones para analizar su aplicación, y sobre todo los resultados que para los consumidores europeos ha supuesto la Directiva sobre cláusulas abusivas.

2. EXAMEN DE LOS SUPUESTOS MÁS CONFLICTIVOS EN LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 83/13/CE

Conviene resaltar que la armonización no se produjo por la diversidad de transposiciones que se hicieron en las normas nacionales; no se dio una interpretación homogénea del alcance y naturaleza de las disposiciones contenidas en la Directiva; asimismo, su aplicación ha tenido diversos tiempos, ha sido muy escalonada —en España no se transpuso hasta 1998—. No obstante estas circunstancias, hay que admitir que la situación de protección de los consumidores, en su relación con los contratos tipos, ha mejorado sensiblemente.

Un papel fundamental ha tenido la jurisprudencia, que ha corregido muchas de las imperfecciones detectadas en la aplicación de las normas, así como los sistemas de arbitraje establecidos para sectores económicos de gran importancia, especialmente en los sectores financieros, lo que ha posibilitado, en muchos países, el establecimiento de buenas prácticas sectoriales, que facilitan la aplicación de los contratos tipos.

En todo caso, el Informe de la Comisión (Informe de la Comisión, páginas 13 y ss., se hace una vasta exposición de supuestos), recoge un amplio análisis de los elementos que más conflictos han generado, en la aplicación de las normas nacionales, de los que vamos a mencionar los más importantes, desde la perspectiva de una posible modificación de la Directiva.

2.1. Ámbito de aplicación

En el debate que originó la promulgación de la Directiva, y teniendo en cuenta la génesis de la misma, se puso de manifiesto que las limitaciones impuestas en el consenso para su aprobación, sobre el ámbito de aplicación, han quedado desvirtuadas, sobre todo si se tiene en cuenta que varios países no las han incorporado a sus leyes nacionales. También hay que tener en cuenta que en el Tratado de Amsterdam se han introducido cambios que permiten ampliar el ámbito de protección más allá de los consumidores (art. 65 del Tratado).

En el Informe se examinan los siguientes supuestos:

2.1.1. Las cláusulas negociadas individualmente quedan excluidas del ámbito de la aplicación de la Directiva. No obstante, un gran número de estados

no incorporaron esta exclusión a sus normas nacionales, y según los datos que figuran en la CLAB, tampoco ha tenido efectos prácticos en los otros estados que sí la incluyeron. La inclusión de cláusulas negociadas individualmente en los contratos tipos es difícil, a no ser que se refieran a caracteres de producto, al precio o fecha de entrega. La Comisión resalta (Informe de la Comisión, páginas 14 y ss.) que el mantenimiento de esta exclusión no aporta claridad a la norma, y sí dificultades para interpretar los términos “negociados” y “expresamente aceptados”, pudiendo originar desprotección en el consumidor al verse privado de la aplicación de la norma por imposición de los empresarios.

2.1.2. La exclusión relativa a disposiciones imperativas, según la Directiva, provenientes de disposiciones legales o reglamentarias, que se aplicarán cuando las partes no hayan pactado cláusula alguna en el contrato. El problema se plantea en relación a los servicios públicos, que aunque provenientes de disposiciones reglamentarias, no podrán ser excluidos de la aplicación de las normas de cláusulas abusivas, aunque todavía haya algunos estados miembros en los que se obstaculice el control de los contratos de servicios de interés general, si bien en algún caso se debía al carácter específico de estos servicios.

2.1.3. Exclusión relativa al precio y al objeto de contrato; no fue objeto de exclusión en la mayoría de los estados, sin que por ello se dieran distorsiones prácticas. La exclusión del precio hace referencia a la adecuación entre el precio y la retribución, por un lado, y a los servicios o a los bienes que hayan de efectuarse como contrapartida del mismo, sin que pueda excluirse a las cláusulas que fijen el método de cálculo ni las referidas a la modificación del precio. En relación al objeto del contrato, la norma no resolvió ninguno de los problemas que se planteaban en el tráfico, siendo en el sector de seguros en el que más problemas se plantearon, en especial a la limitación de riesgo de cobertura, al plantear si a lo que realmente se refiere es a una limitación de la responsabilidad, que quedaría comprendida en su ámbito, o a si se trata del objeto, en cuyo caso queda excluida.

En todo caso quedan abiertas las cuestiones que aconsejarían la ampliación del ámbito de aplicación, de acuerdo con los problemas detectados, y sobre todo con las nuevas perspectivas económicas, que aconsejan su modificación.

2.2. Concepto de cláusula abusiva y la lista del anexo

Así como el criterio general establecido para definir una cláusula como abusiva no ha planteado problemas en su transposición, el sistema de lista seguido en el anexo de la Directiva ha dado lugar a múltiples interpretaciones que exigen una aclaración. En los trabajos preparatorios de la Directiva se planteó la

naturaleza que debía tener la lista anexa, destacando la posición del Parlamento Europeo, que consideró que debía de ser vinculante pero no exhaustiva; esta era la posición de la Comisión, no obstante el Consejo consideró que su carácter era indicativo.

Su carácter indicativo no impide que esta lista se debiera trasponer. El Tribunal de Justicia (Sentencia de 19 de septiembre 1996, C-236/95, Comisión/Grecia, Rec. 1996, p. I-4459) así lo confirmó al considerar el valor que tenía el conocer los supuestos más frecuentes en los que se incluían cláusulas abusivas. No obstante su reconocida importancia, hay que destacar que, debido a la redacción un tanto vaga de alguna de las cláusulas incorporadas en la lista, puede abarcar un elevado número de supuestos, posición contrastada con los datos que contiene la CLAB.

La existencia de prácticas nacionales más coercitivas, tales como la elaboración de listas negras, consideradas como abusivas, plantea si se debe continuar manteniendo listas indicativas, cuando ya existe una experiencia que muestra un clausulado reiterativo en la práctica de los contratos tipos. La solución hay que buscarla en base a la experiencia y sobre todo de forma que se facilite una verdadera armonización de las legislaciones nacionales, en parte por el carácter transnacional de las relaciones contractuales en el mercado interior europeo.

2.3. Transparencia y derecho de información de los consumidores

El carácter transparente de las cláusulas contractuales contenidas en los contratos tipos tiene funciones diferentes relacionados con diversas normas de la Directiva. Como norma general hay que destacar que la claridad de contenido permite dar al consumidor la información necesaria para poder comprender su contenido obligacional, es decir los derechos y obligaciones que asume con la firma del contrato, ya que rara vez obtiene información posterior a la conclusión del mismo.

De hecho, se constata hoy día que el incumplimiento del deber de información carece de sanción en la mayoría de los derechos nacionales. La cuestión es precisar si debe configurarse el derecho de información y la transparencia a un nivel superior del actual, de forma que los consumidores pudieran interponer acciones de cesación, con independencia de su carácter, o no, abusivo.

2.4. Las sanciones aplicables a las cláusulas abusivas

La existencia de los diversos regímenes jurídicos, ya señalados, en materia contractual, ha originado una incorporación de la norma sancionatoria de la

Directiva, art. 6.1, desigual en las leyes nacionales; así algunas declaran la nulidad de la cláusula, otras la anulabilidad, otras su ineficacia, etc. El principio sancionador previsto en la Directiva era declarar no vinculantes a dichas cláusulas, siendo un principio irrenunciable para el consumidor, de forma que le exima de cumplir el contenido obligatorio que de ellas se derivara, sin necesidad de contar con una decisión judicial previa. Además, la existencia de una decisión judicial ha de plantearse con unos efectos *ex tunc*, retro trayendo los efectos al mismo momento de la conclusión del contrato. De esta forma el juez decretará la nulidad de todas las cláusulas que contengan los contratos celebrados con dicho contenido abusivo.

Un tema de gran importancia sería el reconocer a los órganos jurisdiccionales nacionales el poder de declarar nulas *ex officio* las cláusulas consideradas abusivas, sin necesidad de procedimiento previo, a instancia del consumidor, teniendo potestad para imponer a los empresarios su no inclusión en los contratos tipos, por ellos realizados. La posición de la Comisión a este respecto es contundente [Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la función de las sanciones en relación con la aplicación de la legislación comunitaria sobre el mercado interior, COM (95)162 final, de 3 de mayo], al considerar que se debe garantizar, mejorándolo, el régimen de sanciones nacionales, con el fin de confirmar su carácter “eficaz, proporcionado y disuasorio”.

3. MODIFICACIONES PROPUESTAS

Las propuestas están contenidas en el Dictamen de la sección de Mercado Único, Producción y Consumo del CES 772/2000, de 29 y 30 de noviembre de 2000.

Se han tenido en cuenta, para las propuestas modificativas de la D. 93/13/CE, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades, la base de la CLAB, así como varias experiencias sectoriales de códigos de conducta, para la elaboración de los contratos tipos. El debate planteado entre los interlocutores afectados demostró que quedan reticencias entre los empresarios para aceptar una superación de las normas de contratación contenidas en los Códigos Civiles, en base al sistema de contratación en masa; en todo caso el avance que supuso la aplicación de la Directiva hay que reforzarlo para seguir avanzando en el fortalecimiento de la transparencia en el mercado y la protección de los consumidores.

Las propuestas se refieren a diversos elementos:

3.1. **Ámbito de aplicación.** A los supuestos ya enunciados por el Informe de la Comisión, el CES ha incorporado una ampliación del ámbito subjetivo de

aplicación, al considerar de carácter restrictivo, la referencia a los consumidores, entendiendo que a partir del Tratado de Amsterdam deben incluirse todas las relaciones en las que se utilicen contratos tipo, y una de las partes no tenga posibilidad de conformar el contenido contractual en igualdad, sean o no consumidores, en el sentido jurídico; de esta forma podría incluirse a los profesionales, asociaciones, e incluso a las PYMEs, al imperar el principio de justicia frente a los desequilibrios contractuales.

No obstante la propuesta anterior, debería diferenciarse las cláusulas con prohibición absoluta de las relativas, siendo las primeras de aplicación a todos los contratantes en los contratos tipos. También cabría diferenciarlas por el método seguido para su calificación de abusivas, siendo de oficio por la autoridad competente, o mediante la inversión de la carga de la prueba.

3.2. Respecto a los conceptos generales contenidos en la Directiva, según la opinión del CES, habría que conceptualizar el **principio de transparencia** de forma que ganara claridad, estableciendo unas reglas precisas en cuanto a la aceptación, con conocimiento por parte del consumidor, del clausulado, antes de la conclusión del contrato, mediante un lenguaje entendible por una persona con una diligencia normal.

La definición del **principio de buena fe** debería articularse en relación al concepto de “desequilibrio contractual”. En el debate se constató las diversas tradiciones jurídicas en los Estados miembros, que hacían del término buena fe un concepto equívoco, con evidentes efectos prácticos en la aplicación de la norma.

La tipología y naturaleza de las **listas contenidas en el anexo**. El Comité considera que lo más importante es mejorar y simplificar las cláusulas existentes, e incluir en las listas negras únicamente las que se reconocen en Derecho comparado contrarias a principios generales comúnmente aceptados para cualquier tipo de contrato.

3.3. Sanciones. Parece oportuno pedir a la Comisión que refuerce el sistema de sanciones, definiendo claramente su naturaleza, y muy especialmente el efecto de la declaración de nulidad de las mismas, así como su incidencia en todos los contratos a los que se hayan incorporado.

Un sistema de control judicial de la legalidad de los contratos tipos simplificaría la prohibición de las cláusulas abusivas; sin embargo el CES considera que habría que adecuar los sistemas judiciales a una mayor rapidez en la trami-

tación y resolución de las demandas, teniendo en cuenta que la existencia de las listas facilita la calificación de dichas cláusulas, y sobre todo la declaración de nulidad de estas cláusulas en los contratos tipos elaborados por los empresarios, de forma que la publicación de la sentencia facilite la información necesaria a los afectados, e impida la continuidad en las futuras contrataciones.

La experiencia, acumulada en algunos Estados miembros, del establecimiento de controles administrativos (existen diversas autoridades económicas y administrativas que controlan los contratos tipos, así el “Office of Fair Trading” en el Reino Unido, las “Comisiones de cláusulas abusivas” en Francia y Bélgica. Otro modelo es el “Defensor del consumidor” en los sistemas nórdicos), especialmente en sectores económicos de importancia transnacional, como puede ser el sector bancario, de seguros, o de servicios, ha incidido, si no en la eliminación, sí en la reducción de este tipo de cláusulas.

María Candelas Sánchez Miguel

10. NOVEDADES SOBRE EL BANCO CENTRAL EUROPEO

Siguiendo con la regulación jurídica de su actividad (de la que hemos dado cuenta en números anteriores de esta Revista), el Banco Central Europeo (BCE) ha venido publicando en los últimos meses diversas disposiciones, relativas a sus propias funciones y al funcionamiento del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC).

Con fecha 17 de agosto de 2000, fue publicada en el DOCE (L 207) la *Orientación del Banco Central Europeo, de 3 de febrero de 2000, sobre la gestión de activos exteriores de reserva del Banco Central Europeo por los bancos centrales nacionales y la documentación jurídica requerida para las operaciones en activos exteriores de reserva del Banco Central Europeo (BCE/2000/1)*. A tal efecto, se incorporan como anexo a la citada disposición los modelos (en inglés, francés y alemán, y adaptados a las legislaciones de Inglaterra, Francia, Alemania y del Estado de Nueva York) de acuerdo-marco de compensación o “netting”.

Con fecha 9 de septiembre de 2000 y con el número BCE/2000/8, fue publicado (DOCE L 229) el *Reglamento (CE) n.º 1921/2000, del Banco Central Europeo, de 31 de agosto de 2000, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2818/98, del Banco Central Europeo relativo a la aplicación de las reservas mínimas (BCE/1998/15) y por el que se modifica el Reglamento (CE)*

n.º 2819/98 del Banco Central Europeo relativo al balance consolidado del sector de las instituciones financieras monetarias (BCE/1998/6). La corrección de errores fue publicada en el DOCE L 242, de 27 de septiembre de 2000. De conformidad con el citado Reglamento, se aprueban disposiciones específicas para el supuesto de fusiones que afecten a entidades de crédito, a efectos de la aplicación del sistema de reservas mínimas.

Con fecha 11 de diciembre de 2000 (L 310) se ha publicado la extensa *Orientación del Banco Central Europeo, de 31 de agosto de 2000, sobre los instrumentos y procedimientos de la política monetaria del Eurosistema (BCE/2000/7)*, por la que requiere información de los Bancos Centrales Nacionales y a la cual se incorporan dos anexos. El primero se titula “La política monetaria en la tercera fase. Documentación general sobre los instrumentos y los procedimientos de la política monetaria del Eurosistema” y consta de siete capítulos: “Visión general del marco de política monetaria” (en el que analiza el SEBC, el Eurosistema y el marco de la política monetaria), “Entidades de contrapartida” (acerca de la selección de entidades para subastas rápidas y operaciones bilaterales, y el régimen de sus obligaciones), “Operaciones de mercado abierto” (temporales, generales, de financiación, de ajuste, estructurales, simples, emisión de certificados de deuda del BCE, *swaps* de divisas, y captación de depósitos a plazo fijo), “Facilidades permanentes” (marginal de crédito y de depósito), “Procedimientos” (de subasta y de liquidación), “Activos de garantía” (de las denominadas “lista uno” y “lista dos”) y “Reservas mínimas” (entidades sujetas, mecanismos de cálculo, mantenimiento y verificación), además de 6 anexos y diversos cuadros, gráficos y recuadros. El segundo se titula “Otros elementos mínimos comunes”, y se refiere a los relativos a las operaciones de política monetaria y temporales, y a los acuerdos de *swaps* de divisas.

El BCE ha emitido *Dictamen de 5 de diciembre de 2000, a instancias de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea sobre una propuesta de modificación del artículo 10.2 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (CON/00/30)*, por el cual se muestra favorable a la propuesta del Consejo de facilitar la modificación de los Estatutos del BCE por un procedimiento simplificado, sin necesidad de recurrir a una conferencia intergubernamental, siempre que se respete el sistema de voto actualmente vigente. El Dictamen fue publicado en el DOCE C 362, de 16 de diciembre de 2000.

Se ha publicado asimismo (DOCE L 336, de 30 de diciembre de 2000), la *Decisión del Banco Central Europeo, de 3 de noviembre de 1998, modificada por la Decisión de 14 de diciembre de 2000, relativa a la asignación de los ingresos monetarios de los bancos centrales nacionales de los Estados miem-*

bros participantes y de las pérdidas del BCE en los ejercicios de 1999 a 2001 (BCE/2000/19), por la que se disponen las fórmulas de aplicación para los cálculos precisos en orden a tal asignación.

Debe también mencionarse la *Decisión del Banco Central Europeo, de 14 de diciembre de 2000, sobre la aprobación del volumen de emisión de moneda metálica en el año 2001* (DOCE L 336), en cuya virtud se aprueba, por ejemplo, para España la facultad de emitir en el año 2001 la cantidad de 217,5 millones de euros en moneda metálica.

En números anteriores de esta Revista, nos hemos referido al desarrollo normativo del Banco Central Europeo, en sus diversas vertientes (v. RDBB 74, pp. 239-241, RDBB 77, pp. 213-216, y RDBB 79, pp. 264-266).

Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro

11. JURISPRUDENCIA FRANCESA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS QUE GESTIONAN CARTERAS DE INVERSIÓN

1. El incremento en la prestación, por las entidades de crédito españolas, del servicio de inversión consistente en “la gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los inversores” [art. 63.1.d) de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores] ha provocado, en los últimos años, un incremento paralelo de la litigiosidad y es previsible que, en el futuro, tal conflictividad vaya en aumento puesto que nos encontramos ante un servicio bancario de gran riesgo ante oscilaciones más o menos bruscas de los Mercados de Valores (véase, en este sentido, nuestra noticia en la RDBB n.º 80, 2000, pág. 273 y ss.). Ante este previsible panorama futuro, conviene estar atentos a las tendencias que muestra la Jurisprudencia de los países desarrollados de nuestro entorno sobre este tipo de actividades.

2. En el sentido indicado, destaca la Sentencia de la Sección 1.^a de lo Civil, de la Corte de casación francesa, de 14 de junio de 2000, que confirmó una Sentencia de la Corte de apelación de Versalles por la que se desestimaba la demanda de un inversor contra un establecimiento bancario que había gestionado su cartera de inversión causándole pérdidas. Los hechos esenciales consistieron en que un inversor confió a un banco la misión de invertir sus fondos en el marco de un mandato de gestión de cartera no remunerado. El banco invirtió el 40% de dichos fondos en una SICAV de cuyo Consejo de Administración aquel banco formaba parte. Tres años más tarde, el cliente interpuso una demanda

reclamando la responsabilidad del banco gestor por violación de la obligación de lealtad y de información; demanda que fue desestimada tanto por la Corte de Versalles como por la Corte de casación al considerar, en síntesis, que la responsabilidad exigible a un mandatario gratuito debía ser menor que a uno oneroso y que la selección poco juiciosa realizada por el banco gestor no constituía una infracción de sus obligaciones, además de tomar en consideración los conocimientos bursátiles del inversor demandante.

Dicha decisión ha sido objeto de un comentario crítico por Michel Storck (RTD com. 53, 4, 2000, págs. 973 y ss.) basado, esencialmente, en dos tipos de razones: la primera consiste en que la diligencia exigible a un gestor de carteras no debe verse afectada por disposiciones de carácter genérico sobre el mandato que no tienen en cuenta las obligaciones específicas que pesan sobre estos intermediarios financieros: máxime cuando se aprecia un criterio como la gratuidad, incompatible en su esencia con el mercado financiero. Vinculada con esta última apreciación, surge la segunda razón de crítica de la Sentencia al considerar que la gratuidad de un mandato es difícilmente conciliable con la actividad de gestión de una cartera de inversión realizada por un profesional por cuenta de un cliente. La aparente paradoja que subyace en el caso enjuiciado, donde un banco gestiona generosamente sin contraprestación la cartera de inversión de un cliente, se explica teniendo en cuenta que gran parte de la inversión se dirigió a una SICAV en la que el banco gestor participaba y, por ello, quería evitar un conflicto de intereses con sus clientes. Con ello, se contempla cómo el banco asumía una gestión de la inversión de sus clientes a un doble nivel: en el seno de la SICAV, como gestión colectiva; y en el marco de los contratos de gestión de carteras, como gestión individualizada. El comentarista acaba mostrando su asombro porque, a juicio de los Tribunales señalados, el inversor, en función de sus conocimientos bursátiles, pasa de ser víctima a ser culpable del ejercicio abusivo de una acción de responsabilidad.

3. En lo que a nuestro Derecho se refiere, debemos empezar por aclarar que la amplitud del ámbito objetivo del contrato de comisión mercantil regulado en los arts. 244 y ss. del Código de Comercio permite considerarlo como el esquema básico de los contratos de gestión de carteras de inversión; sin necesidad de acudir, en primera instancia, al esquema del contrato de mandato regulado en los arts. 1709 y ss. del Código Civil. Con ello se evita un primer equívoco que pudiera derivar de la presunción de gratuidad del mandato del art. 1711 del Código Civil. Establecida así la presunción contraria de onerosidad del contrato de gestión de carteras de inversión, pueden plantearse situaciones de aparente gratuidad de dicha gestión. Y decimos aparente porque tal gratuidad es radicalmente incompatible con el carácter profesional de la gestión desarrollada y sólo un análisis simplista de la relación entre inversor y gestor puede conducir a esa conclusión de gratuidad. En este sentido, debe tenerse en cuenta que las nocio-

nes de gratuidad y onerosidad han de evaluarse teniendo en cuenta todos los factores que inciden en la relación citada. Así, siguiendo a lo que ya mantuvo el maestro Garrigues respecto del depósito administrado de títulos-valores, tuvimos ocasión de advertir sobre la necesaria distinción entre la retribución directa y los rendimientos indirectos que el gestor puede obtener de la gestión de carteras de inversión (véase nuestra obra *El Contrato de Gestión de Carteras de Inversión*, Madrid, 1995, págs. 435 y 436).

Por todo lo anterior, y en conclusión, nos parece que, en todo litigio que se plantee acerca de la responsabilidad de un gestor de carteras de inversión, deberá evaluarse la diligencia exigible a este último en función de las normas de conducta que le resultan específicamente aplicables (véase nuestra obra *Derecho del Mercado de Valores*, Barcelona, 2000, págs. 272 y ss.); sin que una aparente gratuidad de la gestión ni un determinado nivel de conocimientos financieros del inversor puedan servir de excusa absolutoria.

Alberto Javier Tapia Hermida

12. NOVEDADES SOBRE FIRMA ELECTRÓNICA

Dentro del proceso de adaptación normativa al régimen derivado de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, se ha publicado (BOE de 9 de noviembre de 2000) la *Instrucción de 19 de octubre de 2000, de la Dirección General de Registros y del Notariado, sobre el uso de la firma electrónica de los fedatarios públicos* (en adelante, “la Instrucción”).

La norma que comentamos pretende adaptar algunos aspectos del Real Decreto-Ley 14/1999 en cuanto aplicación práctica a la actividad de Notarios y Registradores, en particular respecto de las comunicaciones previstas en los artículos 175 y 249 del Reglamento Notarial (sobre inmuebles y para liquidación de impuestos). Se encuentra en relación con la Resolución-Circular de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 26 de abril de 2000, sobre el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, en relación con la actuación profesional de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, acerca de la cual informamos en un número anterior de esta Revista.

Así, se impone a los Notarios y Registradores contar con una dirección de correo electrónico, para las citadas comunicaciones. Más adelante, después de que el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Pro-

piedad y Mercantiles de España sean prestadores de certificación acreditados (condición que deben adquirir en el plazo de nueve meses desde la publicación de la Instrucción), todos los Notarios y Registradores deberán obtener de su respectiva corporación una firma electrónica avanzada. En tales certificados habrá de expresarse la condición de fedatario del signatario, el cual deberá intervenir personalmente en el acto de generación de la firma. Quedan obligados a custodiar personalmente, con las medidas de seguridad adecuadas, el dispositivo seguro de creación de firma electrónica que les corresponda, cuyo uso no podrán ceder a nadie en ningún supuesto.

Por otro lado, en el DOCE (L 289) se ha publicado la *Decisión de la Comisión, de 6 de noviembre de 2000, relativa a los criterios mínimos que deben tener en cuenta los Estados miembros para designar organismos de conformidad con el apartado 4 del artículo 3 de la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica*. A través de dicha disposición, se pretende impartir a los Estados miembros instrucciones claras sobre los requisitos que debe contemplar la legislación nacional al regular la función de evaluación de la conformidad de los dispositivos seguros de creación de firmas.

De esta forma, la actividad deberá estar claramente separada de otras que puedan ser desarrolladas por la entidad en cuestión. El organismo habrá de ser independiente (orgánica y financieramente), y deberá contar con suficientes recursos humanos y materiales, y con un personal capacitado técnicamente, con un elevado nivel de integridad profesional. En su funcionamiento, el organismo habrá de ser transparente y garantizar la confidencialidad de la información que obtenga. En caso de que se deleguen funciones en un tercero, deberá garantizar que éste tiene la competencia necesaria para prestar el servicio. Por último, debe subrayarse que se exige del organismo que cuente con mecanismos adecuados para cubrir las eventuales responsabilidades, por ejemplo, a través de contratos de seguro.

En números anteriores (v. RDBB 75, pp. 276-278; RDBB 76, p. 204; RDBB 78, pp. 203-204, y RDBB 79, pp. 25-252), hemos tenido ocasión de referirnos a la evolución normativa en relación con la firma electrónica.

Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro

13. NOVEDADES SOBRE EL EURO

Como consecuencia de la adopción por Grecia de la moneda única, con efectos 1 de enero de 2001, se han debido adaptar determinados instrumentos de derecho comunitario relativos al proceso de introducción del euro, para reflejar formalmente tal incorporación en la mecánica del sistema monetario.

Con fecha 27 de junio de 2000 (DOCE C 177), se publicó el *Dictamen del Banco Central Europeo, de 16 de junio de 2000, a instancias del Consejo de la Unión Europea, en aplicación del apartado 5 del artículo 123 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, respecto de las propuestas de tres Reglamentos del Consejo por los que se modifican el Reglamento (CE) n.º 974/98, sobre la introducción del euro, el Reglamento (CE) n.º 1103/97, sobre determinadas disposiciones relativas a la introducción del euro y el Reglamento (CE) n.º 2866/98, sobre los tipos de conversión entre el euro y las monedas de los Estados miembros que adoptan el euro*, en el que el Banco Central Europeo se mostraba conforme con las modificaciones propuestas.

Dichos Reglamentos han sido finalmente aprobados y publicados, con entrada en vigor de todos ellos el mismo 1 de enero de 2001. Así, se trata del *Reglamento (CE) n.º 1478/2000, del Consejo, de 19 de junio de 2000, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2866/98 sobre los tipos de conversión entre el euro y las monedas de los Estados miembros que adoptan el euro* (publicado en el DOCE L 167, de 7 de julio de 2000); del *Reglamento (CE) n.º 2595/2000, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1103/97 sobre determinadas disposiciones relativas a la introducción del euro*; y del *Reglamento (CE) n.º 2596/2000, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 974/98 sobre la introducción del euro* (los dos últimos publicados en el DOCE L 300, de 29 de noviembre de 2000).

Asimismo, con fecha 11 de julio de 2000, se publicó en el DOCE (C 194), la *Resolución del Parlamento Europeo sobre el informe de la Comisión al Consejo sobre la duración del período transitorio para la introducción del euro [COM (1999)174], A5-0076/1999*. En ella, el Parlamento se hace eco de la inquietud por el mejor desarrollo del tránsito entre monedas, proponiendo medidas específicas que permitan que el paso a la moneda única se traduzca en un proceso ágil y transparente para el ciudadano (por ejemplo, acortando el período de circulación paralela de moneda en metálico, distribuyendo billetes de pequeña denominación a partir de diciembre de 2001, exigiendo al pequeño comercio que las vueltas se entreguen en euros a partir de la segunda semana de 2002, entre otras propuestas concretas).

Finalmente, debemos referirnos a la publicación, el 20 de enero de 2001 (DOCE C 19), del *Dictamen del Banco Central Europeo, de 20 de diciembre de 2000, a instancias del Consejo de la Unión Europea, en aplicación del apartado 4 del artículo 105 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, respecto de la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la protección del euro contra la falsificación* (CON/00/20). En él se apoya la propuesta de la Comisión de establecer un régimen jurídico homogéneo que coadyuve a la lucha contra la falsificación del euro, en la que deben tomar parte tanto las autoridades competentes de los Estados miembros como las entidades de crédito, y en la cual se anima al desarrollo de legislación penal para fortalecer dicha protección a través de sanciones de carácter criminal. A tal efecto, se prevé asimismo la creación de una estructura de coordinación entre el Banco Central Europeo, la Comisión y Europol.

Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO BANCARIO

— OBRAS GENERALES

BOOS, K.-H., “Kreditwesengesetz. Kommentar zu KWG und Ausführungsvorschriften”, Munich (2000), 1629 pp.

MEIER-SCHATZ, CH., “Kartellrecht und Bankaufsichtsrecht”, en Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (1999), p. 261.

OTTAVIANO, V., “Note minime in tema di ‘rilievo del lucro soggettivo nella disciplina dell’attività economica’”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 3, parte 1.ª (2000), p. 325.

PICCIOTTO/HAINES, “Regulating Global Financial Markets”, en Journal of Law and Society (1999), p. 351.

— EL MOVIMIENTO LEGISLATIVO EN MATERIA BANCARIA EN OTROS PAÍSES

BOSI, G., “Prospettive di riforma del credito agevolato”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 4, parte 1.ª (2000), p. 515.

CARRARO, G., “Le casse peote del Veneto e la nuova legge bancaria”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 3, parte 1.ª (2000), p. 369.

KOCHINKE/KRÜGER, “Allfinanzunternehmen in den USA - neue Chancen durch den Gramm-Leach-Bliley Act”, en RIW n.º 7 (2000), p. 518.

THEVENOZ, L., “Le droit bancaire privé suisse”, en Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (1999), p. 192.

— ESTATUTO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

CAIN/FAHEY, “Banks and Insurance Companies— Together in the New Millennium”, en The Business Lawyer n.º 3 (2000), p. 1409.

CERCONE, R., “L’insolvenza delle banche tra nuove questioni processuali e consolidati indirizzi di merito”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 3, parte 2.ª (2000), p. 323.

MAIMERI, F., “Sistemazioni stragiudiziali delle crisi d’impresa e codice di comportamento bancario”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 3, parte 1.ª (2000), p. 417.

ZOPPINI, A., “L’autonomia statutaria nelle fondazioni di origine bancaria”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 3, parte 1.ª (2000), p. 399.

— **ÓRGANOS DE VIGILANCIA Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD BANCARIA**

GRATIAS, M., “Staatshaftung für fehlerhafte Banken- und Versicherungsaufsicht im europäischen Binnenmarkt”, Baden-Baden (1999), 211 pp.

LONGO/MACCHIATI, “La qualità nella revisione contabile sulle imprese quotate: aspetti economici e regolamentari”, en Banca, Impresa, Società (1999), p. 259.

SCHMITT, CH.J., “Elektronisches Geld im Internet. Probleme des Bankenaufsichts-, Zentralbank- und Geldwäscherechts”, Aachen (1999), 169 pp.

SEMINARA, S., “I reati dei revisori dei conti nel d.lgs. n. 58 del 1998 e nel ‘progetto Minore’”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 3, parte 1.ª (2000), p. 428.

WEBER, M., “Die bankaufsichtliche Erfassung der liquiditätsmässig-finanziellen Risiken unbedingter Finanztermingeschäfte”, Berlín (1999), 253 pp.

— **RESPONSABILIDAD DEL BANCO (DE LA BANCA)**

BALZER P., “Haftung von Direktbanken bei Nichterreichbarkeit”, en ZBB n.º 4 (2000), p. 258.

KÜMPEL, S., “Zur Bankenhaftung nach dem neuen Überweisungsrecht”, en WM n.º 16 (2000), p. 797.

PETTARIN/PONTI, “Le informazioni economiche che la banca sceglie di fornire non possono mai essere inesatte, pena la responsabilità della banca medesima per i danni eventualmente causati (Nota a Cass. Civ., III sez., 9 giugno 1998, n. 5659)”, en Nuova giurisprudenza civile commentata n.º I (1999), p. 414.

SEMINARA, S., “Le responsabilità penali connesse alla intermediazione finanziaria on line”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 4, parte 1.ª (2000), p. 449.

— **SECRETO BANCARIO (INFORMACIONES DE LA BANCA)**

DE TROJA, M.P., “Segreto (d’ufficio) inerente l’attività di vigilanza e diritto di accesso; un equilibrio possibile”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 3, parte 2.ª (2000), p. 358.

LOMBARDINI, C., “Die Bekämpfung der Geldwäscherei in der Schweiz”, en WM n.º 30 (2000), p. 1473.

— **BANCA EXTRANJERA (ACTIVIDAD INTERNACIONAL DE LA BANCA)**

FOCARELLI/PANETTA/SALLEO, “Determinanti e conseguenze delle acquisizioni e fusione bancarie in Italia. Un’analisi empirica (1984-1996)”, en Banca, Impresa, Società (1999), p. 63.

HOFFMANN, J., “Das Ende des amerikanischen Trennbankensystems”, en WM n.º 36 (2000), p. 1773.

PERASSI, M., “Il sistemi di pagamento internazionali”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 4, parte 1.ª (2000), p. 482.

RESTI/SICILIANO, “La acquisizioni di banche quotate creano valore per gli azionisti? Un confronto tra i prezzi di borsa ed i dati fondamentali di alcune banche italiane”, en Banca, Impresa, Società (1999), p. 93.

— **CONTRATOS BANCARIOS**

AJELLO, F., “Uso normativo ed anatocismo degli interessi moratori”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 3, parte 2.ª (2000), p. 257.

BALTO, D.A., “Creating a Payment System Network: The Tie that Binds or an Honorable Peace?”, en The Business Lawyer n.º 3 (2000), p. 1391.

BENOIT/LOONEY, “Recent Federal Privacy Initiatives Affecting the Electronic Delivery of Financial Services”, en The Business Lawyer n.º 3 (2000), p. 1377.

BIZAR/MILLER/HARRELL, “Introduction to the 2000 Annual Survey of Consumer Financial Services Law”, en The Business Lawyer n.º 3 (2000), p. 1255.

FERRO-LUZZI, P., “Il tempo nel diritto degli affari”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 3, parte 1.ª (2000), p. 407.

GUHL, TH., “Das schweizerische Obligationenrecht. Mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts”, 9.ª ed., Zirocj (2000), 1045 pp.

HAYTON/KORTMANN/VERHAGEN, “Principles of European Trust Law. Law of Business and Finance”, Vol. I, La Haya (1999), 215 pp.

KAPLINSKY/LEVIN, “Consumer Financial Services Arbitration: A Panacea or a Pandora’s Box?”, en *The Business Lawyer* n.º 3 (2000), p. 1427.

KRÜGER, T., “Bankenentgelte für Auskünfte wegen unrechtmässig vereinnahmter ‘Gebühren?’”, en *ZIP* n.º 28 (2000), p. 1196.

NIVARRA, L., “Irrevocabilità dei pagamenti percepiti dal legalmonopolista e (sospetta) incostituzionalità dell’art. 67, comma 2.º, l. fall.: esito prevedibile o intreccio perverso?”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* n.º 4, parte 2.ª (2000), p. 445.

PERRINI, M., “I contratti di swap nella recente giurisprudenza arbitrale”, en *Diritto del commercio internazionale* (1999), p. 63.

THOT, N.B., “Elektronischer Vertragsschluss. Ablauf und Konsequenzen. Ein Rechtsvergleich zwischen dem amerikanischen und dem deutschen Recht”, Frankfurt (2000), 266 pp.

WIESGICKL, M., “Rechtliche Aspekte des Online-Banking”, en *WM* n.º 21 (2000), p. 1039.

ZOBL, D., “Das schweizerische Bankprivatrecht 1999-2000”, en *SZW* n.º 4 (2000), p. 183.

— CUENTA CORRIENTE

ANNUNZIATA, F., “Gestione collettiva del risparmio e nuove tipologie di fondi comuni di investimento”, en *Rivista delle Società*, fasc. 2º (2000), p. 350.

MONIA BUTA, G., “Osservazioni a Cass. 26 febbraio 1999, n. 1672 e Appl. Milano, 27 ottobre 1998, in tema di revocatoria fallimentare delle rimesse su conto corrente ‘congelato’”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* n.º 3, parte 2.ª (2000), p. 269.

— PRÉSTAMO

MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J., “La reciente Ley de Enjuiciamiento Civil y los pactos de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario”, en *La Ley* n.º 5071 (8 de junio de 2000), p. 1

— APERTURA DE CRÉDITO

KNOPS, K.-O., “Die Ersatzkreditnehmerstellung”, en *WM* n.º 29 (2000), p. 1427.

— **GARANTÍAS EN LA ACTIVIDAD BANCARIA**

BROGGINI, G., “Le garanzie nei contratti internazionali”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 3, parte 1.ª (2000), p. 335.

KLANTEN, T., “Bürgschaft und Mitverpflichtung Vermögensloser — Welche Rechtssicherheit besteht für die Kreditsicherheit”, en DStR n.º 33 (2000), p. 1396.

KULKE, U., “Der finanziell krass überfordenrte Bürge”, en ZIP n.º 22 (2000), p. 952.

LAMANDINI, M., “Fideiussione omnibus e ius variandi al vaglio dell’antritus comunitario”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 3, parte 2.ª (2000), p. 248.

LAURINI, G., “La certificazione notarile nell procedure esecutive immobiliari”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 4, parte 1.ª (2000), p. 571.

LWOWSKI/TETZLAFF, “Verjährung der Aufwendungsersatzansprüche einer Bank aus einem ‘Avalkredit’”, en WM n.º 15 (2000), p. 761.

PIAZZA, ST., “La fideiussione illimitata: i problemi posti dal jus superveniens e dal recesso del fideiussore”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 4, parte 2.ª (2000), p. 375.

— **OTROS SERVICIOS BANCARIOS. TARJETA DE CRÉDITO**

GÖSSMANN/VAN LOOK, “Die Banküberweisung nach dem Überweisungsgesetz”, en WM n.º 19 (2000) (separata).

JAKOBS, H.H., “Gesetzgebung im Banküberweisungsrecht”, en JZ n.º 13 (2000), p. 641.

MEDER, S., “Kreditkartenmissbrauch: Die Verteilung des Haftungsrisikos im Telephone-Order-, Mail-Order- und Internet-Verfahren”, en ZBB n.º 2 (2000), p. 89.

— “Die Haftung im beleglosen Fernabsatz-Kreditkartengeschäft”, en NJW n.º 29 (2000), p. 2076.

WACKERBARTH, U., “Die Haftung für zwischengeschaltete Banken im mehrgliedrigen Überweisungsverkehr”, en ZPI n.º 28 (2000), p. 1187.

DERECHO BURSÁTIL

— EL MOVIMIENTO LEGISLATIVO EN MATERIA BURSÁTIL EN OTROS PAÍSES Y EN LA CEE

BERMÜLLER, J., “Die Deregulierung des japanischen Finanzmarktes und deren Auswirkungen auf die Geschäftspolitik ausländischer Banken in Japan”, Frankfurt (1999), 115 pp.

BISOGNI, G., “Il regolamento Consob sugli intermediari finanziari (deliberazione n. 11522 del 1.º luglio 1998), en Nuove leggi civili commentate (1999), p. 922.

FANG/JACOBS, “Clarifying and Protecting Materiality Standards in Financial Statements: A Review of SEC Staff Accounting Bulletin 99”, en *The Business Lawyer* n.º 3 (2000), p. 1039.

FISCHBACH, N., “Organisationspflichten von Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach Paragraph 33 Abs. 1 Nr. 1 WpHG”, Hamburgo (2000), 242 pp.

FISCHER, R., “Bankrecht. Grundlagen der Praxis”, 3.ª ed., Colonia (2000), 612 pp.

HEINZE, ST., “Europäisches Kapitalmarktrecht. Recht des Primärmarktes”, Munich (1999), 423 pp.

HORWIH, A., “The Neglected Relationship of Materiality and Recklessness in Actions Under Rule 10b-5”, en *The Business Lawyer* n.º 3 (2000), p. 1023.

IFFLAND, J., “Recent developments in securities regulation (Public takeover offers, disclosure of shareholdings, squeeze out)”, en *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (1999), p. 145.

LOWENFELS/BROMBERG, “U.S. Securities Fraud Across the Border: Unpredictable Jurisdiction”, en *The Business Lawyer* n.º 3 (2000), p. 975.

MORIN, A., “Intuitus personae et sociétés cotées”, en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique* n.º 2 (2000), p. 299.

NOBEL, P., “Entwicklungen im Bank- und Kapitalmarktrecht der Schweiz im Jahre 1999”, en *SJZ* n.º 1 (2000), p. 10.

PAYNE, J., “Section 459 and Public Companies (La section 459 del Companies Act 1985 e la sua applicazione alle società che fanno appello al pubblico risparmio)”, en *Law Quarterly Review* (1999), p. 368.

PAYNE/PRENTICE, “Section 459 of the Companies Act 1985. The House of Lords’ View (La section 459 del Companies Act 1985 nella interpretazione della House of Lords)”, en *Law Quarterly Review* (1999), p. 587.

SCHULTE-FROHLINDE, M.-O., “Art. 11 Wertpapierdienstleistungs-Richtlinie und seine Umsetzung durch das Wertpapierhandelsgesetz”, Frankfurt (1999), 224 pp.

WEBER, M., “Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts 1998-2000: Organisation, Emission und Vertrieb”, en *NJW* n.º 29 (2000), p. 2061.

— OTROS ÓRGANOS DE VIGILANCIA Y CONTROL

HIRSCH, A., “La responsabilité des réviseurs envers les investisseurs; Arrêt du Tribunal fédéral du 19 décembre 1997”, en *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (1999), p. 48.

KURTH, E., “Problematik grenzüberschreitender Wertpapieraufsicht”, en *WM* n.º 31 (2000), p. 2061.

RORDORF, R., “Il nuovo sistema dei controlli sindacali nelle società per azioni quotate”, en *Foro italiano*, n.º V (1999), p. 238.

— ADMISIÓN A COTIZACIÓN

AHRENS, G., “Preisbildung beim Gang an die Börse. Der Einfluss von Plazierungsverfahren auf die Unterbewertung bei Aktienemissionen”, Frankfurt (2000), 164 pp.

BONACCORSI DI PATTI, E., “Fa bene quotarsi? Un confronto fra società quotate e non quotate”, en *Banca, Impresa, Società* (1999), p. 315.

HÜLSEBECK, R., “Der Weg zu den US-Börsen für mittelständische deutsche Unternehmen”, en *DStR* n.º 20-21 (2000), p. 894.

TOEPFER, TH., “Börsengang deutscher Unternehmen in den USA. Betrachtung aus kapitalmarkttheoretischer und strategischer Sicht”, Wiesbaden (1999), 332 pp.

WINTERSTETTER/PAUKSTANDT/HEGMANN/WONNEMANN, “Going Public: Börseneinführung mittelständischer Unternehmen und ihre Emmissionsbegleiter”, en *DStR* n.º 31 (2000), p. 1322.

— CONTRATOS BURSÁTILES. EN GENERAL

FABRIZIO, ST., “L’‘underpricing’ degli IPO italiani: il ruolo degli ‘underwriters’, dei prospetti informativi e degli analisti”, en *Banca, Impresa, Società* (1999), p. 369.

LUCENA E VALE, A., “Estudo sobre o regime das Ofertas Públicas de Distribuição consagrado no novo Código dos Valores Mobiliários”, en Revista da Banca n.º 46 (1998), p. 19.

STAUD, R.CH., “Die Bedeutung der Dokumentationspflichten bei Wertpapiergeschäften”, Regensburg (1999), 218 pp.

WERKMÜLLER, M., “Termingeschäftsfähigkeit und der Abschluss von Börsentermingeschäften durch Testamentsvollstrecker” en WM n.º 28 (2000), p. 1361.

— **OPAs**

GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “¿Cabe formular una OPA bajo condición? A propósito de una polémica reciente”, en La Ley n.º 5073 (12 de junio de 2000), p. 1.

KIEM, R., “Der Hauptversammlungsentscheid zur Legitimation von Abwehrmassnahmen nach dem neuen Übernahmegesetz”, en ZIP n.º 35 (2000), p. 1509.

LAND/HASSELBACH, “Das neue deutsche Übernahmegesetz — Einführung und kritische Anmerkungen zum Diskussionsentwurf des BMF”, en DB n.º 35 (2000), p. 1747.

LISANTI, M., “Se l’Opa obbligatoria sia veramente tale (Nota a App. Milano 27 novembre 1998)”, en Foro italiano n.º I (1999), p. 2712.

NEYE, H.-W., “Der gemeinsame Standpunkt des Rates zur 13. Richtlinie - ein entscheidender Schritt auf dem Weg zu einem europäischen Übernahmerecht”, en Die AktienGesellschaft n.º 7 (2000), p. 289.

PÖTZSCH/MÖLLER, “Das künftige Übernahmerecht — Der Diskussionsentwurf zu einem Gesetz zur Regelung von Unternehmensübernahmen und der Gemeinsame Standpunkt des Rates zur europäischen Übernahmerichtlinie”, en WM n.º 31 (2000), número especial 2/2000.

RIEHMER/SCHRÖDER, “Des Entwurf des Übernahmegesetzes im Lichte von Vodafone/Mannesmann”, en NZG n.º 16 (2000), p. 820.

WITT, C.-H., “Regelmässige ‘Wassertandsmeldungen’ — unverzichtbarer Bestandteil eines künftigen Übernahmegesetzes”, en NZG n.º 16 (2000), p. 809.

— **RÉGIMEN DE LOS INSIDER**

FLEISCHER, H., “Informationspflichten der Geschäftsleiter beim Management Buyout im Schnittfeld von Vertrags-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht”, en Die AktienGesellschaft n.º 7 (2000), p. 309.

FRIED, B.M., “Insider Signalling and Insider Trading with Repurchase Tender Offers”, en *University of Chicago Law Review* n.º 67 (2000), p. 421.

GABISCH, C., “Der Insiderhandel. Eine institutionenökonomische Analyse”, *Gotinga* (1999), 263 pp.

SANGIOVANNI, V., “L’attuazione della direttiva sull’insider trading nel diritto tedesco”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* n.º 4, parte 1.ª (2000), p. 540.

WEBER, K.-P., “Insiderrecht und Kapitalmarktschutz. Haftungstheorien und Kapitalmarktschutz. Haftungstheorien im US-amerikanischen, europäischen und deutschen Recht”, *Berlín* (1999), 241 pp.

— SOCIEDADES Y FONDOS DE INVERSIÓN

CORREIA DE PINHO, M., “Responsabilidades por pensões de reforma”, en *Revista da Banca* n.º 46 (1998), p. 5.

ENRIQUES, L., “La gestione delle risorse dei fondi pensione ‘negoziali’ a contribuzione definitiva: finalità, effetti e limiti della disciplina”, en *Banca, Impresa, Società* (1999), p. 193.

TÍTULOS VALORES

— EN GENERAL

RADICATTI DI BROZOLO, L.G., “La nuova legge sulla cartolarizzazione e la cessione di crediti a soggetti esteri”, en *Diritto del commercio internazionale* (1999), p. 1061.

— VALORES MOBILIARIOS

ACCIONES

BOSSE, C., “Handel in eigenen Aktien durch die Aktiengesellschaft”, en *WM* n.º 16 (2000), p. 806.

FISCHER/HARTH/MEYDING, “Vorstandsverträge im Konzern: Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten bei der Organleihe”, en *BB* n.º 22 (2000), p. 1097.

HABERSACK/MAYER, “Globalverbriefte Aktien als Gegenstand sachenrechtlicher Verfügungen? - Ein (weiteres) Plädoyer für die Ablösung der Globalurkunde durch Wertrecht”, en *WM* n.º 34 (2000), p. 1678.

HOFMEISTER, H., “Der Ausschluss des aktiengesetzlichen Bezugsrechts bei börsennotierten AG”, en NZG n.º 14 (2000), p. 713.

HUEP, T., “Die Renaissance der Namensaktie - Möglichkeiten und Probleme im geänderten aktienrechtlichen Umfeld”, en WM n.º 33 (2000), p. 1623.

KAU/KUKAT, “Haftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern bei Pflichtverletzungen nach dem Aktiengesetz”, en BB n.º 21 (2000), p. 1045.

LAUPPE, E.F., “Die kleine AG ohne Aktienaussgabe: Der Weg ins Chaos”, en WM n.º 16 (2000), p. 807.

SARIA, G., “Schranken beim Erwerb eigener Aktien nach Paragraph 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG” en NZG n.º 9 (2000), p. 458.

ZUNZUNEGUI, F., *Derecho del mercado financiero*, Marcial Pons, Madrid, 2000, 789 páginas.

Tres años después de la publicación de su primera edición, la obra que comentamos ha sido objeto de una profunda revisión dando lugar a esta nueva edición. La obra de ZUNZUNEGUI constituye una de las referencias más destacadas que cabe realizar dentro de la bibliografía española más reciente publicada en torno a la regulación de los mercados financieros españoles.

Quienes por razones profesionales tengan que ocuparse del estudio, aplicación o interpretación de las disposiciones referidas a la actividad bancaria o bursátil estarán en condiciones de valorar de una forma autorizada el esfuerzo que conlleva reconducir a un único libro toda esa materia. En primer lugar, por resultar evidente que la regulación de tales mercados es un terreno que evidencia como pocos una intensa actividad legislativa orientada a la tutela de los importantes intereses que en tales mercados concurren, de manera que la adopción de diferentes Leyes se ve completada con la constante adopción de normas reglamentarias que, a su vez, son objeto de constantes revisiones de variado alcance que, en muchos casos, no son sino la expresión de la pretensión del legislador de hacer frente a los cambios que la realidad de esos mercados presenta. Baste con señalar, a esos efectos, cómo dos Leyes relativamente recientes y nacidas con una cierta pretensión de servir como normas inspiradoras de una parte importante del ordenamiento aplicable a los mercados financieros, cual es el caso de la Ley del Mercado de Valores o el de la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, han generado en poco más de diez años un desarrollo normativo difícilmente abarcable.

Circunstancias como las apuntadas y otras dificultades no menores no desalentaron al autor ni a la hora de abordar la primera edición de esta obra, ni a la de proceder a su revisión, tarea esta última de no menor esfuerzo.

Es de resaltar que estamos ante un libro que presta también una particular y justificada atención a toda la evolución del Derecho comunitario y a toda su influencia sobre el Derecho español que, como es sabido, ha sido determinante en aspectos institucionales y contractuales.

El autor ha llevado a efecto una obra que abarca los aspectos de ordenación de la actividad crediticia o financiera en sus múltiples y distintas manifestacio-

nes, analizando la estructura de los diferentes mercados, el régimen de sus órganos supervisores y de las variadas entidades que pueden operar en los mismos. Junto a ello, una gran parte del libro se ocupa de lo que califica como “contratos financieros” que, junto a los contratos bancarios más reconocidos y susceptibles de ser analizados como una categoría sistemática, trata también otras figuras contractuales de menor difusión o más innovadoras.

Christi Amesti Mendizábal
Profesora Titular de Derecho Mercantil