

# ÍNDICE

Página

## ARTÍCULOS

- La transposición de la Directiva 97/5/CE relativa a las transferencias transfronterizas en Alemania: un debate abierto. *Jorge Noval Pato* ..... 7
- Cuestiones fundamentales en materia de créditos documentarios. *Antonio Tapia Hermida* ..... 57

## CRÓNICA

- El Banco Central de Nueva Zelanda: un modelo singular entre la autonomía y la corresponsabilidad gubernamental. *María Àngels Orriols Sallés* ..... 119
- Naturaleza jurídico mercantil de los billetes de curso legal. *Àfrica Almudena Pinillos Lorenzana* ..... 159
- Nota sobre aportaciones de rama de actividad a las sociedades de inversión inmobiliaria. *Juan Carlos Maeso Cholbi* ..... 171

## JURISPRUDENCIA

- Titularidad del Estado de los depósitos abandonados en Cajas de Ahorro y sin movimientos en los últimos veinte años. *Henar Àlvarez Àlvarez* ..... 187

|                                                                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| — Nulidad de subasta notarial para la venta de acciones de sociedad anónima. <i>Celia Martínez Escribano</i> . . . . .              | 209 |
| — La obligación de los auditores de facilitar información al ICAC y el deber de secreto. <i>Christi Amesti Mendizábal</i> . . . . . | 227 |

## NOTICIAS

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La Ley francesa n.º 2001-420 de 15 de mayo de 2001 “relativa a la nueva normativa en materia económica” (JO de 16 de mayo de 2001) y las modificaciones introducidas por ella en el régimen jurídico de las sociedades mercantiles. <i>Adolfo Sequeira Martín</i> . . .                                                                                       | 255 |
| 2. La Directiva 2001/34/CE sobre la admisión de valores a cotización oficial y la información que ha de publicarse sobre dichos valores. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i> . . . . .                                                                                                                                                                           | 267 |
| 3. De nuevo sobre las <i>stock options</i> . Según el Tribunal Superior de Justicia de Madrid los beneficios derivados del ejercicio de <i>stock options</i> (opciones sobre acciones) ofrecidas por las empresas a sus trabajadores, son salario y han de computarse a efectos del cálculo de las indemnizaciones por despido. <i>Antonio Tapia Hermida</i> . . | 272 |
| 4. Recomendación comunitaria sobre información en créditos de financiación a la vivienda. <i>Christi Amesti Mendizábal</i> . . . . .                                                                                                                                                                                                                             | 281 |
| 5. El <i>ius usus innocui</i> del correo electrónico (E-mail) en el sector de banca. <i>Antonio Tapia Hermida</i> . . . . .                                                                                                                                                                                                                                      | 283 |
| 6. La modificación del Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva por el Real Decreto 91/2001. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i> . . . . .                                                                                                                                                                                                             | 286 |
| 7. Saneamiento y liquidación de compañías de seguros. Directiva comunitaria. <i>Antonio Tapia Hermida</i> . . . . .                                                                                                                                                                                                                                              | 294 |

## BIBLIOGRAFÍA

|                        |     |
|------------------------|-----|
| Bibliografía . . . . . | 301 |
|------------------------|-----|

---

# ARTÍCULOS

---

# LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 97/5/CE RELATIVA A LAS TRANSFERENCIAS TRANSFRONTERIZAS EN ALEMANIA: UN DEBATE ABIERTO (\*)

JORGE NOVAL PATO

*Doctor en Derecho  
Profesor Ayudante de Derecho Mercantil  
Universidad de Burgos*

---

## SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO.
  - II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA.
  - III. LA OPERACIÓN DE TRANSFERENCIA COMO CONTRATO.
  - IV. LOS PLAZOS DE EJECUCIÓN DE LA OPERACIÓN.
  - V. LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES INTERVINIENTES.
    - 1. La responsabilidad objetiva del banco del ordenante.**
      - A) El cumplimiento tardío de la prestación.
      - B) El cumplimiento defectuoso de la prestación.
      - C) El incumplimiento total de la prestación.
      - D) La exclusión de la responsabilidad objetiva en caso de fuerza mayor.
    - 2. La responsabilidad subjetiva del banco del ordenante.**
    - 3. La responsabilidad del banco del beneficiario.**
    - 4. Valoración global. El § 676b BGB como obligación de garantía.**
  - VI. LA REVOCACIÓN DE LAS ÓRDENES DE TRANSFERENCIA.
  - VII. BIBLIOGRAFÍA.
- 

---

(\*) La realización de este trabajo ha sido posible gracias a una estancia de investigación realizada en el *Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung* de la *Rheinische Friedrich-Willhelms Universität Bonn*, financiada por la Universidad de Burgos con una ayuda para la movilidad del personal investigador.

## I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

El 21 de julio de 1999 se publicó en Alemania la Ley reguladora de las transferencias bancarias (*Das Überweisungsgesetz —UG—*). Con esta norma <sup>(1)</sup> este país ha cumplido con la obligación de transponer la Directiva 97/5/CE relativa a las transferencias transfronterizas <sup>(2)</sup>. La principal particularidad de esta disposición estriba en que el legislador alemán no se ha conformado con reproducir con ligeras variaciones la Directiva comunitaria y, por tanto, con limitarse a regular las transferencias bancarias entre los distintos Estados miembros de la Unión Europea cuyo importe no exceda de 50.000 euros. En efecto, el legislador, lejos de contentarse con un cumplimiento mecánico del mandato comunitario, se ha atrevido a aprovechar la ocasión para cubrir el vacío legislativo existente en torno a las transferencias bancarias de ámbito meramente nacional. Sin duda, esa iniciativa merece una valoración positiva. De esa forma se ha evitado incurrir en la paradoja de que las transferencias bancarias transfronterizas, a diferencia de las nacionales, dispusiesen de una regulación bien definida. El carácter anacrónico de esa situación hubiese resultado aún más patente si se tiene presente la uniformidad en materia de pagos introducida con el establecimiento de la Unión Monetaria y con la consiguiente implantación de la moneda única <sup>(3)</sup>. Al mismo tiempo, la UG permite caer en la cuenta del acierto de un planteamiento de esas características, ya que posibilita obviar cualquier eventual controversia en torno a la oportunidad de una aplicación analógica de la regulación de las transferencias bancarias transfronterizas a las transferencias nacionales y, por tanto, facilita rechazar cualquier intento de

---

(1) *Bundesgesetzblatt Jahrgang (BGBl) 1999*, Teil I, Nr. 39, 26 de julio de 1999, p. 1642 y ss. La norma entró en vigor el 14 de agosto de 1999. Esta norma modifica los párrafos 675 y 676 BGB. A través de ella se lleva a cabo la transposición parcial de los artículos 3 y 5 de la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores (DOCE, núm. L 166, de 11 de junio de 1998, p. 45 y ss.). Para un conocimiento de la evolución seguida en la elaboración de la UG, v., GÖBMANN, W./VAN LOOK, F., “Die Banküberweisung nach dem Überweisungsgesetz”, *WM*, Sonderbeilage n.º 1, 2000, p. 10; y EHMANN, H./HADDING, W., “EG-Überweisungs-Richtlinie und Umsetzung. Regierungsentwurf und Gegenentwurf”, *WM*, Sonderbeil. Nr. 3, Heft 25, 1999, p. 3.

(2) DOCE, núm. L 43, de 14 de febrero de 1997, p. 25 y ss. V. AURIOLES MARTÍN, A., “La Directiva comunitaria sobre transferencias bancarias transfronterizas”, *DN*, n.º 85, 1997, p. 11 y ss.; PERALES VISCASILLAS, M.ª del P., “Transferencias bancarias: Directiva 97/5/CE, Ley Modelo de UNCITRAL, y Artículo 4A UCC”, *DN*, n.º 88, 1998, p. 1 y ss.; y VÁZQUEZ PENA, M. J., “Directiva europea relativa a las transferencias transfronterizas”, *RDBB*, n.º 65, 1997, p. 359 y ss.

(3) KÖNDGEN, J., “Das neue Recht der Banküberweisungen ... um die heimliche Aushöhlung des AGB-Gesetzes”, *ZBB*, n.º 2, 1999, p. 103.

justificar un régimen diferenciado para ambas modalidades de operaciones <sup>(4)</sup>. Precisamente la razón última que ha impulsado al legislador alemán a establecer un régimen jurídico unitario radica en que el contenido de la Directiva 97/5/CE difiere en gran parte del régimen jurídico consolidado jurisprudencial y doctrinalmente en Alemania en torno a las transferencias bancarias <sup>(5)</sup>. Por todo ello, si el legislador no hubiese regulado de modo específico las transferencias bancarias nacionales habrían podido surgir incertidumbres en torno al régimen jurídico aplicable a éstas. En suma, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento, la UG constituye una referencia de inestimable ayuda para constatar la practicabilidad de una regulación conjunta y con pretensiones homogeneizadoras de la responsabilidad del banco del ordenante en las transferencias bancarias nacionales y transfronterizas.

Sin duda, el ambicioso ámbito de aplicación de la UG la hace merecedora de un especial interés. Éste se acrecienta si se tiene en cuenta el importante debate suscitado en torno a esta disposición tanto durante su tramitación como después de su aprobación: en líneas generales, la doctrina alemana ha estimado desacertadas las soluciones plasmadas en la UG <sup>(6)</sup>. Al respecto, conviene anticipar que las críticas se han centrado principalmente en la novedosa construcción contractual elaborada en torno a la transferencia bancaria; asimismo, se han puesto de relieve las incongruencias cometidas a la hora de regular los supuestos de responsabilidad en caso de incumplimiento. A través de este estudio no se

---

(4) Por contra, SCHNEIDER, U. H., “Pflichten und Haftung der erstbeauftragten Kreditinstitute bei grenzüberschreitenden Überweisungen —Auf dem Weg zu einem Sonderrecht für Kettenverträge”, *WM*, n.º 44, 1999, p. 2190, considera que las transferencias internacionales presentan destacadas diferencias frente a las transferencias nacionales, por lo que merecen una regulación jurídica diferenciada. Así, entre otras diferencias, enumera la inseguridad existente en torno al régimen jurídico aplicable, los mayores riesgos de insolvencia de las entidades bancarias cuando la entidad del beneficiario se encuentra situada en países inestables económicamente, la falta de uniformidad que preside el funcionamiento de los sistemas de compensación y liquidación existentes en los distintos países, así como las peculiares prácticas consolidadas en torno al cobro de comisiones en las transferencias internacionales...

(5) V., SCHMIDT-RÄNTSCH, J., “Entwurf eines Überweisungsgesetzes”, *ZIP*, n.º 16, 1999, p. 678. Para un conocimiento de las opciones legislativas ponderadas por el legislador a la hora de llevar a cabo la transposición de la Directiva, v. SCHMIDT-RÄNTSCH, J., “Zur Umsetzung der Überweisungsrichtlinie”, en HORN, N./SCHIMANSKY, H., *Bankrecht 1998*, RWS-Forum 12, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Colonia, 1998, p. 141 y ss.; y EHMANN, H./HADDING, W., “EG-Überweisungs-Richtlinie und Umsetzung ...”, cit., p. 7 y ss.

(6) V., de modo especial, JAKOBS, H. H., “Gesetzgebung im Banküberweisungsrecht”, *JZ*, n.º 13, 2000, p. 641 y ss.; BYDLINSKI, P., “Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines Überweisungsgesetzes Pflichten-Bankhaftung-Grenzen vertraglicher Abweichung”, *WM*, n.º 21, 1999, p. 1.046 y ss.

pretende realizar un análisis sistemático de la norma, sino únicamente destacar aquellos aspectos de la UG cuyo conocimiento puede ser de mayor utilidad para el jurista español debido a su novedad o al debate originado en torno a los mismos. De ahí que la exposición se haya centrado en el ámbito de aplicación de la norma, los plazos de ejecución, la responsabilidad en caso de incumplimiento y la revocación de las órdenes de transferencia. No obstante, conviene destacar que la UG prevé también, de una parte, el establecimiento de un sistema de arbitraje para la resolución de las controversias que se puedan plantear en torno a las transferencias bancarias<sup>(7)</sup> y, de otra, la imposición a las entidades bancarias de una serie de obligaciones de información con el fin de mejorar la transparencia en las condiciones aplicables a las transferencias bancarias<sup>(8)</sup>.

## II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA

La UG se aplica a todo tipo de transferencias bancarias, tanto nacionales como transfronterizas<sup>(9)</sup> e incluso internacionales. Asimismo, comprende to-

---

(7) En concreto, el art. 2 de la UG modifica la AGBG (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*) e introduce un nuevo párrafo 29 AGBG. En ese precepto se prevé la constitución de órganos de arbitraje, dependientes del Banco Central. Con el fin de regular estos sistemas de arbitraje se publicó en agosto de 2000 la “*Verordnung über das Verfahren der Schlichtungsstellen für Überweisungen*” (*Schlichtungsstellenverfahrensverordnung — SchlichtVerfVO*), BGBl, Teil 1, n.º 38, de 11 de agosto de 2000. En esta norma se regula la constitución de los órganos de arbitraje, los medios personales y materiales, así como el procedimiento a seguir en la resolución de las controversias. A través de estas disposiciones se cumple, por tanto, el deseo del legislador comunitario, expresado en el art. 10 de la Directiva 97/5/CE, de que “existan procedimientos de reclamación y de recurso adecuados y eficaces para la resolución de los posibles litigios entre el ordenante y su entidad, o entre el beneficiario y la suya, utilizándose en su caso los procedimientos existentes”.

(8) La UG contiene en el § 675a BGB una serie de obligaciones mínimas de información. Este párrafo ha sido desarrollado con posterioridad por el Ministerio de Justicia a través de la “*Verordnung über Kundeninformationspflichten*”, de 30 de julio de 1999, BGBl, Teil 1, n.º 41, de 6 de agosto de 1999. V., GÖßMANN, W./VAN LOOK, F., “Die Banküberweisung...”, p. 15 y ss; y SCHULZ, C., “Das neue Recht der Banküberweisung”, ZBB, n.º 5, 1999, p. 290 y ss. En líneas generales esta disposición se limita a reproducir literalmente los arts. 3 y 4 de la Directiva 97/5/CE. Recientemente esos artículos de la Directiva han sido también incorporados a nuestro ordenamiento mediante la Orden Ministerial 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 de 2000.

(9) La Directiva 97/5/CE, de 27 de enero de 1997, relativa a las transferencias transfronterizas, emplea esa expresión para referirse a las transferencias bancarias entre Estados miembros de la Unión Europea.

das las modalidades de transferencias bancarias: internas, directas e indirectas, sin excluir de entre ellas las interbancarias. Por otra parte, el ámbito de aplicación de la UG no se circunscribe a la regulación de las transferencias bancarias de un determinado montante, ni realiza distinción alguna según el ordenante o el beneficiario de la operación ostente o no la condición de consumidor.

La amplitud del ámbito de aplicación puesta de manifiesto resulta prometedora; no obstante, éste se ha visto indirectamente reducido en la práctica. En primer lugar, el art. 2.1 contiene una disposición adicional por la que se introduce el “*Artikel 228 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche*”<sup>(10)</sup>. En dicho precepto se establece que hasta el 1 de enero de 2002 la UG sólo resulta aplicable a las transferencias bancarias transfronterizas. A resultados de ese margen otorgado por el legislador para las restantes transferencias y teniendo en cuenta el rechazo doctrinal generalizado suscitado por la norma, no se excluye la posibilidad de que antes de esa fecha tenga lugar la modificación de algunos artículos<sup>(11)</sup>. En segundo lugar, y sin perjuicio del carácter dispositivo otorgado por el legislador con carácter específico en buena parte de las normas de la UG, debe destacarse que el § 676c Abs. 3 BGB confiere a las entidades de crédito un amplio margen de libertad para eludir las disposiciones contenidas en los artículos más relevantes. En concreto, las entidades de crédito se encuentran autorizadas para estipular en sus contratos cláusulas que no se ajusten a lo dispuesto en los parágrafos 675 Abs.1, 676a, 676b y 676c Abs. 1 BGB —*grosso modo* en ellos se regulan los plazos de ejecución y la responsabilidad en caso de inejecución de transferencias bancarias o de ejecución incompleta o con demora—, incluso aunque supongan una merma de la posición jurídica del ordenante. Precisamente, el legislador alemán no sólo se muestra partidario de permitir limitaciones de la responsabilidad, sino que incluso admite la estipulación de cláusulas en las que se excluya toda responsabilidad de las entidades de crédito<sup>(12)</sup>. El único requisito exigido es que la transferencia bancaria afectada se encuadre dentro de alguna de las siguientes situaciones: a) el ordenante de la transferencia bancaria sea otra entidad de crédito; b) el montante a transferir

(10) En torno al ámbito de aplicación de la UG, v., GÖßMANN, W./VAN LOOK, F., “Die Banküberweisung...”, p. 13 y ss.

(11) RISSE, J./LINDNER, N., “Haftung der Banken nach dem neuen Überweisungsrecht”, *BB*, n.º 43, 1999, p. 2.207.

(12) BR-Drucks, 163/199, p. 58.

exceda los 75.000 euros<sup>(13)</sup>; c) el asiento de abono resultante de la transferencia deba efectuarse fuera de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo. En resumidas cuentas, en la práctica las principales disposiciones de la UG —a pesar del ambicioso ámbito de aplicación de esta norma—, pueden acabar afectando únicamente a las transferencias no interbancarias, nacionales o entre Estados miembros de la Unión Europea, cuyo importe no exceda de 75.000 euros.

### III. LA OPERACIÓN DE TRANSFERENCIA COMO CONTRATO

La UG ha modificado notablemente la calificación dogmática de la orden de transferencia, difundida mayoritariamente entre la doctrina y la jurisprudencia alemana. A results de la UG, la orden de transferencia ya no se entiende como instrucción (*Weisung*), sino como contrato de transferencia (*Überweisungsvertrag*)<sup>(14)</sup>. Para ello el legislador ha reformado la regulación existente en el BGB en torno al “*Geschäftsbesorgungsvertrag*” y ha introducido dentro de esa modalidad contractual tres nuevos subtipos: el “*Überweisungsvertrag*” (§ 676a-c BGB), el “*Zahlungsvertrag*” (§ 676d y e BGB), y el “*Girovertrag*” (§ 676f y g BGB). Con la primera de las figuras se otorga la calificación de contrato autónomo a cada una de las operaciones de transferencia bancaria<sup>(15)</sup>.

(13) RISSE, J./LINDNER, N., “Haftung der Banken...”, cit., p. 2.205, consideran incomprensible la decisión del legislador de que las entidades de crédito puedan estipular contractualmente un régimen jurídico distinto para las transferencias cuyo importe exceda de 75.000 euros. Entienden que en esos supuestos los usuarios están aún más necesitados de protección, mientras que los riesgos asumidos por las entidad bancarias, al menos en las transferencias de ámbito nacional, siguen siendo pequeños. De modo similar, BYDLINSKI, P., “Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines Überweisungsgesetzes...”, cit., p. 1.052, muestra su perplejidad ante la posibilidad de que, como consecuencia del margen de libertad otorgado a las entidades bancarias, pueda acaecer que el banco del ordenante, en caso de pérdida del montante de una transferencia cuyo importe ascendía a 15.000 euros, esté obligado a reintegrar a su cliente al menos 12.500 euros, en virtud de la obligación de reembolso prevista en el § 676b 3 BGB; en cambio, si el importe de la transferencia supera los 75.000 euros, el banco del ordenante puede eludir cualquier obligación de reembolso mediante la introducción de la cláusula oportuna en el contrato de transferencia.

(14) V., por todos, CANARIS, W. C., *Bankvertragsrecht*, 1, 3.<sup>a</sup> ed., Berlín-N. York, 1988, p. 207, núm. 320; SCHIMANSKY, H./BUNTE, H. F./LWOWSKI, H. J., *Bankrechts-Handbuch*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1997, B. I, § 47, núm. 4.

(15) Al mismo tiempo, el legislador también ha pretendido contemplar la posibilidad —prevista en la Directiva— de que el ordenante y la entidad bancaria estipulen cláusulas particulares para la ejecución de las órdenes de transferencia. Sin embargo, como bien señala EINSELE, D., “Das neue Recht der Banküberweisung”, *JZ*, n.º 1, 2000, p. 10, en la mayoría de

La implantación del “*Überweisungsvertrag*” supone excluir la consideración de la orden de transferencia como instrucción dentro del marco del contrato de cuenta corriente (*Girovertrag*)<sup>(16)</sup>. El legislador ha considerado que esa calificación como instrucción no resulta ya sostenible conforme a los nuevos planteamientos subyacentes en la Directiva 97/5/CE: la Directiva ha atribuido al banco del ordenante todo el proceso de tramitación de la transferencia bancaria hasta la efectiva realización del asiento de abono en la cuenta del banco del beneficiario y es el propio banco del ordenante quien responde en caso de incumplimiento de dicha obligación. Por consiguiente, ante esa novedosa imputación, el banco del ordenante debe contar con la facultad de no verse obligado a asumir la tramitación de toda orden de transferencia: solo así se encontrará en condiciones de liberarse de cargas desproporcionadas. A juicio del legislador la calificación de la orden de transferencia como instrucción excluía esa posibilidad. De ahí que en la redacción final de la UG se optase por calificar la orden de transferencia como oferta contractual, la cual siempre exige la correspondiente aceptación por parte del banco<sup>(17)</sup>. Asimismo, se invocó el art. 5 de la Directiva 97/5/CE como argumento adicional en favor de configurar contrac-

---

los supuestos tales estipulaciones ni son necesarias ni las partes desearán introducirlas; de ahí que para hacer realidad la pretensión del legislador comunitario no resultaba preciso llevar a cabo una configuración contractual de las transferencias bancarias. Precisamente, para delimitar el régimen jurídico de la transferencia bancaria, hubiese sido suficiente con que, junto al mantenimiento de la habitual remisión al contrato de cuenta corriente y la consiguiente calificación de la orden de transferencia como instrucción, se hubiesen contemplado una serie de disposiciones en las que se tuviese en cuenta las especialidades introducidas por la Directiva en torno a la posición jurídica del banco del ordenante.

(16) EINSELE, D., “Das neue Recht der Banküberweisung”, cit., p. 10 y ss., desarrolla en profundidad los problemas e inconvenientes que se derivan de la calificación de toda operación de transferencia como contrato: carácter no vinculante de la orden de transferencia para la entidad bancaria, dificultades a la hora de determinar el momento del perfeccionamiento del contrato y, por tanto, también para fijar el momento de inicio del cómputo del plazo de ejecución así como del momento a partir del cual la suma transferida resultará disponible. V. EHMANN, H./HADDING, W., “EG-Überweisungs-Richtlinie und Umsetzung...”, cit., p. 11 y ss.; HÄUSER, F., “Zur Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Überweisungen (97/5/EG), in deutsches Recht”, *WM*, n.º 21, 1999, p. 1042; BYDLINSKI, P., “Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines Überweisungsgesetzes...”, cit., p. 1048 y ss.; RISSE, J./LINDNER, N., “Haftung der Banken...”, cit., p. 2202. Por otra parte, BÜLOW, P. “Scheckrechtliche Anweisung und Überweisungsvertrag”, *WM*, n.º 2, 2000, p. 58 y ss., analiza en qué medida la construcción contractual elaborada en torno a la transferencia bancaria resulta trasladable al cheque u otros medios de pago. Concluye en contra de su aplicabilidad.

(17) V., SCHMIDT-RÄNTSCH, J., “Entwurf eines Überweisungsgesetzes”, cit., p. 678-679.

tualmente la operación de transferencia: en dicho artículo se prevé la facultad del banco de rechazar la ejecución de las órdenes de transferencia<sup>(18)</sup>.

A nuestro modo de ver, ese razonamiento se sustenta en una premisa errónea: la imposibilidad del banco del ordenante de rechazar una orden de transferencia. En efecto, conforme al ordenamiento alemán (y también al nuestro), el banco siempre puede negarse a la ejecución de una transferencia de resultado incierto, si entiende que de no hacerlo —por ejemplo, por no disponer de un banco intermediario adecuado— contraerá riesgos que van más allá de lo pactado contractualmente. El hecho de que el contrato de cuenta corriente obligue al banco a tramitar las órdenes de transferencia recibidas no supone que el cliente esté autorizado a cursar órdenes desproporcionadas. Tales transferencias bancarias exceden el marco contractual. El banco sólo se encuentra obligado a llevar a cabo aquellas operaciones cuyo resultado sea factible de modo ordinario. El resto de órdenes no le vinculan. Tales órdenes constituyen simples ofertas de ejecución de una transferencia, que el banco puede aceptar o rechazar<sup>(19)</sup>. Inclu-

---

(18) Por otra parte, el legislador, con esa calificación de la orden de transferencia como oferta de contrato, ha pretendido solucionar la dificultad planteada al tener que aplicar la Directiva comunitaria no sólo a las órdenes de transferencia sino también a las órdenes de abono: el ámbito de aplicación de la Directiva no se reduce a los supuestos en que el ordenante y la entidad bancaria mantienen una relación de cuenta corriente con anterioridad a la emisión de la orden de transferencia, sino que también comprende aquellos otros en que tales relaciones previas son inexistentes, HÄUSER, F., “Zur Umsetzung der Richtlinie...”, cit., p. 1041. La inclusión de las órdenes de abono dentro del ámbito de aplicación de la Directiva debe quedar fuera de toda duda, aunque una conclusión en sentido divergente pudiera llegar a extraerse de una lectura rápida de dicha norma. En efecto, en la redacción final de la Directiva, en el art. 2, letra f), se define a la transferencia transfronteriza como aquella “operación efectuada por iniciativa de un ordenante a través de una entidad”. Esta fórmula sustituyó la inicial redacción de la Propuesta de Directiva en la que se hacía mención expresa del cargo en una cuenta abierta en una entidad perteneciente al ordenante. Esta modificación tiene su origen en el Dictamen del Comité Económico y Social, en el que se llamaba la atención sobre la conveniencia de englobar todo pago con independencia de si el ordenante ostenta o no la titularidad de una cuenta. V. Dictamen del Comité Económico y Social sobre las “Transferencias de fondos en la UE: transparencia, eficacia y estabilidad”(95/C 236/01), DOCE, núm. C 236, de 11 de septiembre de 1995, p. 4.; y AURIOLES MARTÍN, A., “La Directiva comunitaria...”, cit., p. 14.

(19) KOLLER, I./FAUST, F., “Die Haftung der Erstbank für Verschulden der Zwischenbank bei der Giroüberweisung”, ZBB, n.º 2, 1989, p. 67; BYDLINSKI, P., “Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines Überweisungsgesetzes...”, cit., p. 1048; EINSELE, D., “Das neue Recht der Banküberweisung”, cit., p. 10; JAKOBS, H. H., “Gesetzgebung...”, p. 643; cfr., RISSE, J./LINDNER, N., “Haftung der Banken...”, cit., p. 2202. En esa misma línea, GARRIDO, J. M.<sup>3</sup>, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 70, al delimitar las características del poder de emitir instrucciones por parte del comitente, indica que “una instrucción que exceda el marco contractual no puede vincular al mandatario, ya que carece del necesario fundamento. Si el mandatario, a pesar de todo, decide seguirla, podemos

so, de aceptar ejecutarlas, su asentimiento puede supeditarse a la aprobación por parte del ordenante de un régimen de responsabilidad especial.

Por otra parte, la UG no se ha limitado a configurar contractualmente las operaciones de transferencia iniciadas entre usuarios y entidades bancarias, sino que también las operaciones de transferencia suscitadas en un ámbito interbancario van a regirse por esos mismos criterios. En efecto, las órdenes de transferencia interbancarias constituyen también simples ofertas contractuales. Esta calificación ha venido a reemplazar a la habitual designación de las órdenes de transferencia interbancarias como instrucciones dentro del marco de un contrato de corresponsalía. En virtud de tales contratos las entidades bancarias se comprometían recíprocamente a tramitar entre sí una serie de operaciones, entre ellas las transferencias bancarias. En suma, la UG ha supuesto que cada una de las operaciones interbancarias exija el perfeccionamiento de un contrato, en este caso el llamado “*Zahlungsvertrag*”. Por último, debe subrayarse que la función del “*Girovertrag*”, debido a los cambios anteriormente señalados, ha quedado reducida a fundamentar jurídicamente el asiento de abono realizado en favor del beneficiario de una transferencia.

#### IV. LOS PLAZOS DE EJECUCIÓN DE LA OPERACIÓN

En relación con la duración de la tramitación de las transferencias bancarias, la UG establece con carácter general en el § 676a (2) BGB que “las transferencias bancarias deben ejecutarse lo más pronto posible, siempre que no se hubiera acordado otro plazo” (*Soweit keine anderen Fristen vereinbart werden*,

---

afirmar que lo que se ha producido es una novación de la obligación o la realización de un nuevo contrato: la “instrucción” en este caso sería una oferta y la conducta posterior del mandatario el signo concluyente de la aceptación de esa oferta. En conclusión, el poder de emitir instrucciones está sujeto a los límites trazados por el marco contractual”. También, GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, 2.ª ed., Madrid, 1975, p. 163, distingue dos grupos de operaciones dentro del servicio de caja: aquellas incluidas normalmente en el mismo, para las cuales se dan por el cliente órdenes normales y “representan otras tantas demandas de ejecución del mandato implícito en toda cuenta corriente” y, de otra parte, aquellas que, por regla general, no se incluyen en un servicio de caja. En este segundo grupo de operaciones, el banco es libre de realizarlas o no, por lo que será precisa la aceptación expresa o tácita por parte del banco para que quede vinculado a su ejecución. VÁZQUEZ PENA, M. J., *La transferencia bancaria*, ed. Marcial Pons, 1998, p. 105, retoma esa distinción e incluye dentro del segundo grupo aquellos pagos que el banco “habitualmente no ejecute, ya sea porque le suponen un riesgo, ya sea porque representan un riesgo para terceros”. También ALVARADO HERRERA, L., *La transferencia bancaria*, Consejo Económico y Social, n.º 81, Madrid, 1999, p. 78, reconoce que la obligación de ejecución del banco se limita a aquellas operaciones que integran normalmente el servicio de caja.

*sind Überweisungen baldmöglichst zu bewirken*). La expresión “lo más pronto posible” (*baldmöglichst*) resulta desacostumbrada para la terminología jurídica alemana, por lo que es susceptible de diversas interpretaciones<sup>(20)</sup>. No obstante, en ese mismo párrafo se precisa un plazo de ejecución en función de las distintas modalidades de transferencias bancarias. Así, se distinguen dos grandes grupos de transferencias bancarias: las transferencias bancarias de ámbito nacional y las transferencias bancarias transfronterizas. Con este último término se engloban aquellas transferencias que tienen lugar con Estados miembros de la Unión Europea, con independencia tanto de si tales Estados se han incorporado o no a la Unión Monetaria<sup>(21)</sup> o con los demás Estados que completan el Espacio Económico Europeo<sup>(22)</sup>, como de si el montante de la transferencia a realizar se ha expresado en euros, en una moneda comunitaria o en cualquier otra. Para las transferencias transfronterizas, el plazo máximo de realización del asiento de abono en la cuenta del beneficiario es de cinco días laborables. Para las transferencias nacionales se tiene en cuenta la tradicional distinción del derecho alemán entre “*mehrgliedrige Überweisungsverkehr*”, “*Filialüberweisung*” y “*Hausüberweisung*”. Se recurre a la expresión “*mehrgliedrige Überweisungsverkehr*” para designar aquellas transferencias bancarias en las que el ordenante y el beneficiario no disponen de cuenta en la misma sucursal bancaria. Por contra, se emplea el término “*Hausüberweisung*” para aludir a aquellas otras en las que ambos son titulares de una cuenta en la misma sucursal bancaria. Dentro del “*mehrgliedrige Überweisungsverkehr*” se distingue entre las “*Filialüberweisungen*” y las “*Außerüberweisungen*” o “*Zwischenbetrieblichüberweisungen*”. En las primeras, la transferencia tiene lugar entre dos sucursales pertenecientes al mismo banco; en las segundas, la transferencia se lleva a cabo entre dos o más bancos distintos<sup>(23)</sup>. Partiendo de esa distinción, para las “*Außerüberweisungen*” se establece un plazo máximo de ejecución de tres días laborables bancarios; éste se reduce a dos días para las “*Filialüberweisungen*” y a un día para las “*Hausüberweisung*”. Esa diferencia de un día entre el plazo

---

(20) GÖBMANN, W./VAN LOOK, F., “Die Banküberweisung...”, cit., p. 31, destaca que el término “*baldmöglichst*” expresa una mayor lentitud que “*sofort*” (enseguida), pero es más rápido que “*unverzüglich*” (sin demora).

(21) Conviene recordar que el Reino Unido y Dinamarca se excluyeron voluntariamente de acceder a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria; y Grecia no llegó a cumplir con los criterios de convergencia.

(22) Por tanto, se consideran también transferencias transfronterizas aquellas en que el banco del ordenante o del beneficiario se encuentre localizado en Noruega, Liechtenstein o Islandia.

(23) V. CANARIS, W. C., *Bankvertragsrecht*, cit., p. 248, núm. 385, quien señala que en ocasiones en vez de “*mehrgliedrige Überweisung*” se habla de “*Kettenüberweisung*”.

de ejecución de las “*Filialüberweisungen*” y el de las “*Hausüberweisung*” se ha pretendido justificar a partir de las diversas técnicas de conexión y organización existentes entre las sucursales de una misma entidad. Indudablemente, en esas hipótesis la ejecución instantánea de una transferencia es posible si todas las sucursales están interconectadas a través de un ordenador central. Sin embargo, no es infrecuente que entre las sucursales, con el fin de coordinar o autorizar las operaciones, se encuentre interpuesta más de una central, por lo que la tramitación de las transferencias puede llegar a dilatarse en el tiempo. De ahí que se estimase oportuno concluir que en algunos supuestos el plazo de un día para la ejecución de una “*Filialüberweisung*” podría resultar insuficiente<sup>(24)</sup>. Con todo, a nuestro modo de ver, por muy complicada que pueda llegar a ser la ejecución de una transferencia bancaria entre las sucursales de un mismo banco, resulta cuestionable que la concesión de dos días para su tramitación sea imprescindible.

El § 676a (2) BGB precisa el concepto de días laborables: aquéllos en que habitualmente todas las entidades de crédito participantes en la ejecución de una transferencia se encuentren abiertas al público, con excepción de los sábados. Esa referencia a los días laborables bancarios tiene su origen en la Directiva 97/5/CE. La expresión genera cierta incertidumbre. Así, por ejemplo, en una transferencia entre Alemania y España a la hora de fijar el plazo de ejecución no puede acudirse únicamente al calendario vigente en Alemania, sino que también deben tenerse presente los días de fiesta vigentes en nuestro país o el calendario que pueda afectar a los bancos intermediarios domiciliados en un tercer país. La imprecisión se acentúa si se tiene en cuenta que el banco del ordenante en el momento de perfeccionamiento del contrato de transferencia puede desconocer aún las entidades —por tanto, también los países— participantes en la ejecución<sup>(25)</sup>. En resumidas cuentas, esa incertidumbre puede abrir un cauce para la comisión de arbitrariedades por parte de las entidades de crédito. Por todo ello, resultaría deseable la fijación de un calendario europeo, de modo similar a lo establecido en torno al sistema TARGET<sup>(26)</sup> o, al menos,

(24) GÖBMANN, W., “Die Banküberweisung...”, cit., p. 31.

(25) RISSE, J./LINDNER, N., “Haftung der Banken...”, cit., p. 2.203.

(26) En el documento European Central Bank, *TARGET: the Trans-European Automated Real-Time Gross settlement Express Transfer system*, julio de 1998, se señala que en el sistema TARGET se considera inhábiles los sábados y domingos, y solamente cierra en su totalidad en las dos fiestas oficiales que son comunes a todos los países de la Unión Europea: el día de Navidad y el de Año Nuevo. Los sistemas nacionales de pagos con liquidación bruta en tiempo real pueden cerrar en algunas fiestas nacionales, si la comunidad bancaria nacional así lo solicita. Sin embargo, lo más probable es que pocos sistemas nacionales de pagos con

que para el cómputo de los plazos se tenga en cuenta únicamente como días festivos los correspondientes al lugar de emisión de la orden de transferencia, de tal forma que se evitase que el sometimiento de las entidades intervinientes a otro calendario permitiese una ampliación subrepticia —o al menos imprevista— del plazo de ejecución. Precisamente éste ha sido el criterio finalmente adoptado en nuestro país<sup>(27)</sup>. Por otra parte, cada uno de los “*Bundesländer*”

---

liquidación bruta en tiempo real cierran además en días festivos nacionales. El Banco Central Europeo informará a la comunidad financiera de estos días mediante la publicación de un calendario de días operativos de TARGET. En el BCE, *Informe anual del BCE*, 1999, p. 60, se indica que: “Con respecto al calendario de TARGET en 1999, el BCE decidió, a petición del sector bancario europeo, considerar como días inhábiles en el año 2000, además de los sábados y domingos, los seis días correspondientes a Año Nuevo, Viernes Santo, Lunes de Pascua, 1.º de mayo (día del Trabajo), día de Navidad y el 26 de diciembre. Estas fechas son, de hecho, días en que no se efectúan liquidaciones en el mercado monetario ni en los mercados financieros en euros, ni tampoco operaciones con divisas contra euros. No obstante, en los países de la zona del euro en los que uno de esos días no sea festivo, el sistema SLBTR correspondiente podrá permanecer abierto para procesar determinados pagos nacionales”.

(27) En nuestro ordenamiento jurídico el concepto de día laborable bancario ha sido delimitado por una norma de rango inferior conforme a lo dispuesto en la disposición final primera de la Ley 9/1999: 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 de 2000. El Capítulo II de esa Orden se dedica expresamente a abordar esta cuestión. En primer lugar, el art. 8 establece que “no se considerarán días laborables bancarios... los domingos, los festivos, sean de ámbito nacional, autonómico o local, y los restantes días en los que, atendiendo al calendario laboral de la entidad en la localidad de que se trate, aquélla carezca de actividad”. Es en un segundo momento cuando se precisa el procedimiento a seguir para el cómputo de los plazos y se impone el calendario del banco del ordenante como calendario de referencia —art. 9—. En concreto se señala que el cómputo de los plazos “se realizará teniendo en cuenta los días laborables de la entidad del ordenante en la plaza donde figura abierta la cuenta bancaria contra la que haya sido ordenada la transferencia, o, cuando ésta se haya realizado contra entrega de efectivo, en la plaza en que aquél se reciba del cliente”. Con todo, esa afirmación se matiza con el fin de reducir las eventuales controversias que puedan surgir a causa del posible sometimiento de las entidades de crédito implicadas en la operación a distintos calendarios laborables, así se añade que: “No obstante, en el caso del art. 5 si el último día del plazo aplicable fuese no laborable para la entidad del beneficiario en la plaza en que esté situada la cuenta en que deba ser abonado el importe de la transferencia, el plazo se prorrogará hasta el siguiente día laborable con arreglo a la normativa del país de que se trate”. También se tiene en cuenta que el plazo delimitado hace referencia únicamente a la fase de ejecución de la obligación del banco del ordenante, esto es, a todo el proceso de ejecución hasta la puesta de los fondos a transferir a disposición de la entidad del beneficiario. De ahí que a continuación también se precisen los criterios a seguir para el cómputo de los plazos en relación con la obligación del banco del beneficiario. En concreto el art. 9.2 indica que ese segundo cómputo de plazos “se realizará teniendo en cuenta los días laborables de la entidad del beneficiario en la plaza española donde

dispone de un calendario particular de días festivos; de ahí que las imprecisiones señaladas para las transferencias transfronterizas resulten predicables también de las transferencias meramente nacionales, y que ello comporte que la armonización de calendarios en el ámbito nacional sea igualmente necesaria.

La distinta previsión de plazos en función del tipo de transferencia llevada a cabo en la UG resulta plausible y en absoluto entra en contradicción con el hecho de que uno de los objetivos prioritarios de la Directiva 97/5/CE consista en asimilar en todo lo posible la tramitación de las transferencias bancarias transfronterizas y nacionales. En efecto, el legislador alemán no disponía de otra opción a la hora de fijar el plazo de ejecución de las transferencias bancarias transfronterizas: la Directiva establece un plazo de cinco días laborables, salvo que medie pacto en contrario entre las partes. Sin embargo, el mantenimiento de ese mismo techo para las transferencias bancarias nacionales —sin duda, ya es de por sí excesivamente amplio para las transferencias transfronterizas— hubiese sido totalmente desproporcionado. Es más, el plazo de tres días finalmente señalado para las transferencias bancarias nacionales puede incluso considerarse excesivo, máxime si se tiene presente la celeridad en la tramita-

---

figure abierta la cuenta en la que haya recibido el importe de la transferencia. No obstante, si el último día del plazo aplicable fuese no laborable para dicha entidad en la plaza donde esté situada la cuenta del beneficiario en que deba ser abonado dicho importe, el plazo se prorrogará hasta el día siguiente laborable”. Por último, también se establece que el calendario de referencia para computar el plazo de ejecución de la eventual obligación de reembolso cuando concurren las circunstancias previstas en el art. 8.3 es el calendario del banco del beneficiario. Así se indica que: “en el caso de una transferencia que debiera abonarse en España y no llegara a ultimarse a causa de su falta de ejecución por parte de una entidad intermediaria elegida por la entidad del beneficiario, el plazo señalado en el art. 8.3 se computará con arreglo a los días laborables de la plaza donde esté situada la cuenta del beneficiario”. Por otra parte conviene recordar que en la actualidad las entidades de crédito gozan de libertad a la hora de considerar el sábado como día laboral. Así lo establece el calendario de días laborables bancarios fijado por las Circulares internas de la AEBP y de la CECA, el cual coincide en grandes líneas con el establecido para la Administración General del Estado, pero no especifica si los sábados deben ser considerados como días inhábiles o no, sino que las entidades de crédito gozan de libertad en este aspecto [V. Resolución de 11 de diciembre de 2000, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se establece el calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2001, a efectos de cómputo de plazos (BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2000)]. Esa autonomía puede generar cierta confusión acerca de la fecha final de ejecución del asiento de abono al beneficiario —objetivo primordial del ordenante— cuando, por ejemplo, y a la vista de lo establecido en la Orden de 16 de noviembre de 2000, el banco del beneficiario no incluya los sábados dentro de su calendario laboral. En suma, el legislador se ha esforzado en dotar de certeza al cómputo de los plazos; ahora bien, esa seguridad carecerá de toda eficacia si el ordenante no recibe información precisa de la fecha exacta de ejecución a la que debe atender teniendo en cuenta las normas expuestas.

ción posibilitada por los avances técnicos<sup>(28)</sup>. Contrasta, por tanto, la preocupación del legislador en torno a la deseada prontitud en la ejecución de las operaciones del mercado financiero, con la minusvaloración de esa rapidez cuando los sujetos afectados son tan sólo consumidores.

Por otra parte, no debe perderse de vista que el alcance de estos plazos viene modificado en gran medida por la fecha del asiento final de abono en la cuenta del beneficiario. La imposición al banco del ordenante de unos plazos exigentes para el cumplimiento de su prestación resulta neutralizada si luego el banco del beneficiario dispone de un cierto margen para la realización del asiento de abono en la cuenta del banco del beneficiario. Precisamente, ésa es la solución adoptada por la UG. Así, la entidad del beneficiario, en virtud del § 676g BGB, salvo pacto en contrario, dispone de un día para abonar el importe de la transferencia en la cuenta de su cliente. Esta facultad en absoluto altera el plazo de ejecución de la obligación del banco del ordenante, aunque indudablemente repercute en la posición de los sujetos interesados en la transferencia: la duración en la ejecución de la transferencia desde el asiento de cargo en la cuenta del ordenante hasta la anotación de abono en favor del beneficiario se ve ampliada en un día. La tramitación de la transferencia, en vez de los cinco días previstos para la ejecución de las transferencias transfronterizas, de los tres de las “*Außerüberweisungen*”, o de los dos de las “*Filialüberweisungen*”, se prolonga respectivamente en seis, cuatro, y tres días. Ciertamente, el legislador alemán se ha ajustado en este punto al art. 6.2 de la Directiva 97/5/CE. Sin embargo, no debe olvidarse que la Directiva tan sólo pretende constituir un marco mínimo de armonización jurídica del régimen jurídico aplicable a las transferencias bancarias transfronterizas, por lo que la regulación de las transferencias bancarias nacionales pudo haberse guiado por un criterio más restrictivo<sup>(29)</sup>. No obstante, las consecuencias de esa “ampliación del plazo de ejecu-

---

(28) KÖNDGEN, J., “Das neue Recht der Banküberweisungen...”, cit., p. 104. Este mismo autor pone de manifiesto que en Suiza, por ejemplo, el plazo de ejecución se limita a dos días. En nuestro país, la polémica presenta menor interés, ya que el anexo IV de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, BOE de 20 de septiembre de 1990, aunque no se refiere expresamente a los plazos de ejecución de una transferencia, establece que para las transferencias internas se debe tomar como fecha de valoración el mismo día de su orden en la oficina de origen; y para las transferencias externas, el segundo día hábil siguiente a su orden en la oficina de origen —esta fecha debe constar en la información referente a la transferencia—.

(29) En reiteradas ocasiones el “*Bundesgerichtshof*” ha manifestado que el “*Wertstellung*” debe coincidir con la fecha de recepción del asiento de abono en la cuenta del banco del beneficiario: la entidad del beneficiario se encuentra obligada en virtud del “*Geschäftsbesorgungsvertrag*” a poner sin demora la suma transferida a disposición de su cliente. Esta disposición viene, por tanto, a legitimar el reiterado criterio jurisprudencial. V. KLAMT, A./KOCH, C., “Das neue Überweisungsrecht. Regierungsentwurf eines Überweisungsgesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 97/5/EG vom 27.1.1997 über grenzüberschreitende Überweisungen-”, *DB*, n.º 18, 1999, p. 946.

ción” se han atenuado en gran medida, al imponerse al banco del beneficiario la obligación de que la fecha de valor (*die Wertstellung*) a aplicar a la suma transferida debe ser la correspondiente al día en que los fondos sean puestos a disposición del banco del beneficiario, con independencia de que el asiento de abono se realice con posterioridad, esto es, un día después de la recepción de los fondos <sup>(30)</sup>.

Asimismo, debe destacarse que la fecha de inicio del cómputo del plazo carece de precisión. Efectivamente, conforme al § 187 BGB el comienzo del cómputo del plazo tiene lugar el día siguiente al del perfeccionamiento del contrato, siempre que —como señala, obviamente, el § 676a Abs.2 S.3 BGB— en ese momento el banco del ordenante disponga de los fondos necesarios y de los datos imprescindibles para poder llevar a buen término la transferencia <sup>(31)</sup>. Ese precepto presenta una gran similitud con el art. 2, letra 1) de la Directiva 97/5/CE <sup>(32)</sup> y afortunadamente, a diferencia de nuestra Ley 9/1999, no introduce la corruptela de ampliar el plazo de ejecución a través de la posposición o retraso de la fecha de aceptación en un día <sup>(33)</sup>. Ahora bien, no debe perderse de vista que, debido a la construcción contractual introducida por la UG, el *dies a quo* del plazo de ejecución ya no es el de la aceptación de la orden de transferencia, sino el del perfeccionamiento del contrato. Esta reforma no está exenta de trascendencia. Así, conforme al régimen anterior, bastaba que el ordenante hubiese cumplido con todos los requisitos para que se entendiese aceptada la orden de transferencia, pues el banco en virtud del contrato de “*Girovertrag*” se encontraba obligado a tramitar toda orden de transferencia recibida. En la actualidad, sin embargo, la atención al simple cumplimiento de los requisitos por parte del ordenante resulta insuficiente, toda vez que la orden de transferencia constituye una simple oferta contractual ante la cual el banco debe manifestar

---

<sup>(30)</sup> § 676g (1) *in fine* BGB.

<sup>(31)</sup> En concreto el § 676a (2) *in fine* BGB exige la constancia del nombre del beneficiario, de su número de cuenta, la identificación de la entidad del beneficiario y demás datos necesarios para ejecutar la transferencia, así como que el ordenante disponga de la oportuna provisión de fondos en su cuenta.

<sup>(32)</sup> En el art. 2, letra 1) de la Directiva 97/5/CE se establece que por fecha de aceptación deberá entenderse “la fecha de cumplimiento de todas las condiciones impuestas por una entidad para la ejecución de una orden de transferencia transfronteriza y relativas a la existencia de cobertura financiera suficiente y a la información necesaria para la ejecución de dicha orden”.

<sup>(33)</sup> En el art. 5.1 de la Ley 9/1999 se establece que “se presumirá que la aceptación de la transferencia se ha producido, a más tardar, al día siguiente hábil de la orden”.

su consentimiento<sup>(34)</sup>. En resumidas cuentas, la innovadora naturaleza jurídica de la orden de transferencia genera una gran incertidumbre en torno a la fecha de perfeccionamiento del contrato de transferencia y, por consiguiente, también en torno a la fecha de inicio del cómputo del plazo de ejecución.

Por último, la UG no expresa con claridad si los plazos establecidos para las transferencias nacionales pueden ser modificados contractualmente por las partes. Así, en relación con las transferencias transfronterizas, el § 676a (2) 1 BGB menciona expresamente que el plazo fijado de cinco días para la ejecución sólo rige en tanto en cuanto las partes no hayan pactado otro. Sin embargo, no se reitera esa fórmula en los siguientes apartados del 676a (2) BGB en los que se aborda el plazo de tramitación de las transferencias nacionales; todo lo contrario, se afirma que el plazo de ejecución será “*längstens*” (todo lo más) de tres, dos, o un día. La incertidumbre acerca del carácter imperativo o dispositivo de los plazos fijados para las transferencias nacionales se incrementa si se tiene presente que con carácter general —tanto para las transferencias nacionales como para las transfronterizas— el 676a (2) BGB establece que “las transferencias bancarias deben ejecutarse lo más pronto posible, siempre que no se hubiera acordado otro plazo” (*soweit keine anderen Fristen vereinbart werden, sind Überweisungen baldmöglichst zu bewirken*). Con independencia de las posibles interpretaciones en torno al margen de libertad que el legislador alemán ha querido otorgar a las partes<sup>(35)</sup>, parece oportuno puntualizar que en relación con las transferencias transfronterizas el art. 6 de la Directiva 97/5/CE permite indudablemente la ampliación del plazo de ejecución<sup>(36)</sup>. Esa prerrogativa otorgada en favor de las entidades bancarias resulta innecesaria: el plazo de cinco días fijado para la tramitación de las transferencias transfronterizas permite a las entidades bancarias salvar con garantías cualquier obstáculo que pueda surgir durante la tramitación. Tan sólo en algunas transferencias internacionales pueden presentarse algunas especialidades —circunstancias políticas, económicas o de estructura bancaria del país de destino, dificultades a la hora de entablar relaciones de corresponsalía con el banco del beneficiario— que incrementen el riesgo de una tramitación tardía de la transferencia y que, por tanto, pudiesen hacer prudente que el banco del ordenante solicitase de su clien-

---

(34) V., EINSELE, D., “Das neue Recht der Banküberweisung”, cit., p. 11.

(35) KLAMT, A./KOCH, C., “Das neue Überweisungsrechts”, cit., p. 945; y SCHULZ, C., “Das neue Recht der Banküberweisung”, cit., p. 293, consideran que el plazo señalado para la ejecución de las transferencias nacionales tiene carácter imperativo.

(36) HADDING, W., “Die EG-Richtlinie über grenzüberschreitende Überweisungen”, en HORN, N./SCHIMANSKY, H., *Bankrecht 1998*, RWS-Forum 12, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Colonia, 1998, p. 133.

te una ampliación del plazo de ejecución. En relación con las transferencias nacionales tampoco parece necesario otorgar a los bancos la posibilidad de ampliar el plazo de ejecución.

## V. LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES INTERVINIENTES

Sin duda, el núcleo de la UG radica en la delimitación de la responsabilidad de las entidades de crédito en los supuestos de ejecución defectuosa de una transferencia bancaria. En relación con esta problemática el legislador alemán se ha ocupado en primer lugar de establecer una responsabilidad objetiva del banco del ordenante en determinadas hipótesis; es en un segundo momento cuando traza las pautas que con carácter general deben presidir la responsabilidad de toda entidad participante en la ejecución de una transferencia bancaria.

La determinación del primer grupo de casos —aquellos en los que el banco del ordenante va a responder objetivamente— se aborda en el § 676b BGB. En concreto, de modo similar a la Directiva 97/5/CE, se distinguen tres tipos de incumplimiento: el cumplimiento tardío de la prestación, el cumplimiento defectuoso y el simple incumplimiento. En todos esos supuestos se impone una obligación de indemnización al banco del ordenante con independencia de que haya actuado o no con diligencia. Curiosamente desde un punto de vista sistemático, ese nacimiento de la obligación indemnizatoria al margen de toda valoración de la conducta del banco del ordenante en términos de culpa no se realiza en el apartado (§ 676b BGB) en el que se regulan los supuestos de responsabilidad objetiva, sino en el siguiente [§ 676c (1) BGB]<sup>(37)</sup>, dedicado a desarrollar los criterios generales en materia de responsabilidad. Por lo demás, antes de analizar por separado cada uno de esos supuestos, conviene subrayar que el banco del ordenante dispone frente a la entidad intermediaria realmente incumplidora y causante del daño de la vía de regreso para recuperar las sumas abonadas a su cliente en concepto de indemnización. Ahora bien, el nacimiento de la obligación de indemnización del banco del ordenante no está supeditado al éxito de esa acción, esto es, a la previa recuperación de la indemnización de la entidad intermediaria (§ 676e BGB).

---

<sup>(37)</sup> § 676 c) (1) BGB: “Die Ansprüche nach § 676b setzen ein Verschulden nicht voraus”.

## 1. La responsabilidad objetiva del banco del ordenante

### A) El cumplimiento tardío de la prestación

El § 676b (1) BGB establece que, superado el plazo fijado para la ejecución de una transferencia, la entidad del ordenante se encuentra obligada a abonar al ordenante los intereses correspondientes a la duración del retraso. La cuantía de los intereses viene determinada por el tipo de interés legal del dinero incrementado en un 5%. Por consiguiente, el destinatario de la indemnización es el ordenante de la transferencia. Esta solución ya se preveía en la Directiva 97/5/CE. Ciertamente, esa atribución al ordenante del derecho a recibir los intereses correspondientes al retardo resulta ajustada desde un punto de vista dogmático, en la medida en que el ordenante es el acreedor de la prestación y la persona frente a la cual el banco del ordenante se encuentra obligado a cumplir. Asimismo, carecería de toda fundamentación contractual que se otorgase la indemnización al beneficiario de la transferencia, pues éste no mantiene ninguna relación contractual con el banco del ordenante, ni con sus entidades auxiliares. Ahora bien, tampoco debe perderse de vista que, desde un punto de vista práctico, la imposición de la obligación de indemnización en favor del ordenante presumiblemente determinará la esterilidad de esa disposición. De ordinario, el ordenante —con frecuencia también la propia entidad del ordenante— desconoce si el asiento de abono en la cuenta del banco del beneficiario se ha llevado a cabo con la puntualidad debida. El ordenante únicamente se percata del retraso cuando éste es considerable y tras la oportuna comunicación del beneficiario. Esa incertidumbre en torno al nacimiento de la obligación de indemnización comporta que el ordenante tan sólo exija una indemnización a su banco cuando el retraso en la ejecución de la transferencia sea desmesurado a todas luces. Ahora bien, en esas hipótesis el objetivo de la reclamación del ordenante consiste en la indemnización de los daños sufridos a causa del retraso, más que en la insignificante restitución de intereses establecida en el § 676b (1) BGB<sup>(38)</sup>. Por todo ello, hubiese sido más eficaz, conforme al criterio seguido por el art. 17.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL, imponer a los bancos morosos participantes en la ejecución la obligación de añadir a la suma transferida los intereses originados por el retraso<sup>(39)</sup>. Este planteamiento permite a las entidades banca-

---

(38) RISSE, J./LINDNER, N., “Haftung der Banken...”, cit., p. 2.203.

(39) En sentido estricto, el art. 17.1 de la Ley Modelo establece que “todo banco receptor que no cumpla las obligaciones derivadas del párrafo 2 del artículo 8 será responsable ante el beneficiario si se completa la transferencia del crédito. La responsabilidad del banco receptor consiste en pagar intereses por el monto de la orden de pago por toda la duración de la mora que sea imputable a la falta de cumplimiento del banco receptor...”. El banco moroso, aparte de pagar directamente los intereses al beneficiario, también puede cumplir con su obligación de

rias la realización práctica de la obligación de indemnización<sup>(40)</sup>. Por otra parte, parece oportuno completar esa imposición de la obligación de indemnización en favor del beneficiario con el reconocimiento al ordenante del derecho de exigir subsidiariamente el abono de los intereses<sup>(41)</sup>. Efectivamente, en ocasiones el beneficiario puede no llegar a recibir ninguna indemnización a pesar del retraso acaecido, por lo que puede intentar recuperar del ordenante esos intereses de demora, invocando el retraso en el pago de la obligación subyacente mantenida con éste. De ahí que sea conveniente otorgar al ordenante esa facultad de reclamar el pago de los intereses moratorios, de tal forma que a través de una previsión de esas características se le pueda evitar un perjuicio.

Por otra parte, en el § 676b (1) BGB se indica que el banco del ordenante queda exonerado del pago de los intereses de demora cuando la ejecución tardía de la transferencia deba imputarse al ordenante o al beneficiario. Al respecto, debe precisarse que la mención del beneficiario resulta inapropiada: el banco del ordenante no mantiene ninguna relación contractual con el beneficiario, por lo que difícilmente puede pretender eludir la obligación de indemnización, invocando una defectuosa actuación del beneficiario. En favor de la redacción expuesta se podría invocar que el § 676b (1) BGB constituye una reproducción literal del art. 6.3 de la Directiva 97/5/CE. Ahora bien, no por ello resulta admisible la solución plasmada en la UG. En efecto, la Directiva contempla también la exoneración del banco del ordenante con base en la actuación del

---

indemnización con la transmisión de la suma pertinente al siguiente banco de la cadena, para que éste a su vez la traspase al beneficiario. Así, en el n.º 2 del art. 17 se señala que: “La responsabilidad de un banco receptor derivada del párrafo 1 podrá ser cumplida mediante el pago a su banco receptor o mediante el pago directo al beneficiario. Si un banco receptor recibe ese pago sin ser el beneficiario, el banco receptor deberá traspasar los intereses cobrados al próximo banco receptor o, si es el banco del beneficiario, al beneficiario”.

(40) En el *Article 4A* se contempla la posibilidad de pagar el interés a cualquiera de los sujetos. Así, en la *section* § 4A-305 a) se indica que si una transferencia se hubiera abonado al beneficiario con retraso, el banco estará obligado a pagar —bien al ordenante, bien al beneficiario— un interés por el período de retraso debido a la ejecución defectuosa. El *Article 4A* tampoco presupone la existencia de culpa.

(41) En el art. 17.3 de la Ley Modelo se establece que: “Un iniciador podrá recuperar los intereses que el beneficiario habría tenido derecho a recibir con arreglo a los párrafos 1 y 2, pero no recibió, en la medida en que el iniciador haya pagado intereses al beneficiario en razón de una demora en completar la transferencia de crédito. El banco del iniciador y cada uno de los bancos receptores subsiguientes que no sea el banco responsable con arreglo al párrafo 1 podrá recuperar de su banco receptor o del banco responsable con arreglo al párrafo 1 los intereses pagados a su expedidor”. V. LOJENDIO OSBORNE, I., “La Ley modelo de UNCITRAL sobre transferencias internacionales de crédito”, *RDM*, n.º 207, 1993, p. 111.

ordenante o del beneficiario <sup>(42)</sup>, pero el art. 6.3 de la Directiva tiene como punto de partida una situación distinta. En los apartados anteriores —arts. 6.1 y 6.2 de la Directiva— se regulan respectivamente el cumplimiento tardío del banco del ordenante y el del banco del beneficiario. Mientras que en la UG el § 676b (1) BGB tan sólo se ocupa de la responsabilidad del banco del ordenante, es con posterioridad —en el § 676g (1) BGB— cuando se aborda la indemnización que el banco del beneficiario debe proporcionar a su cliente en el caso de que no le llegue a abonar puntualmente la suma transferida. Tan sólo en ese segundo supuesto, esto es, en relación con la exoneración de la obligación del banco del beneficiario, está justificado invocar un error imputable al ordenante o al beneficiario.

Por lo demás, los errores del ordenante pueden consistir en la falta de puesta a disposición del banco de los fondos necesarios o en la defectuosa identificación del beneficiario de la transferencia. En estas hipótesis se entiende que el banco —siempre que se haya ajustado a las instrucciones del ordenante— ha actuado correctamente. Por ello, el banco en ningún caso debe indemnizar al ordenante. No obstante, esta afirmación debería haber sido matizada: la comisión de algún error por parte del ordenante no implica que el banco del ordenante se encuentre habilitado para despreocuparse de la ejecución de la transferencia. Esa irresponsabilidad del banco debería decaer cuando el banco continuase con la tramitación de la operación sin consultar a su cliente, pese a presentarse anomalías graves. Por tanto, resultaría indispensable distinguir según el error sea o no reconocible <sup>(43)</sup>: el banco tan sólo debería quedar exonerado de toda obligación de indemnización cuando le hubiese resultado imposible percatarse del error, esto es, cuando el error hubiese sido irreconocible; por contra, en los restantes casos, la entidad de crédito debería asumir su responsabilidad debido a su negligencia en notificar el error al ordenante <sup>(44)</sup>, si bien de ordinario esa obligación de indemnización podría atemperarse con la prueba de

---

(42) Art. 6.3 de la Directiva 97/5/CE: “No se deberá ninguna indemnización en aplicación de los apartados 1 y 2 cuando la entidad del ordenante o la entidad del beneficiario pueda demostrar que el retraso es imputable al ordenante o al beneficiario, respectivamente”.

(43) V., GARRIDO, J. M.<sup>a</sup>, *Las instrucciones...*, cit., p. 139.

(44) Así, acertadamente, SEQUEIRA MARTÍN, A., “La transferencia bancaria de crédito”, en GARCÍA VILLAYERDE, R. (dir.), *Contratos bancarios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 522, destaca que “el banco ejecutor respondería ante su cliente ordenador si en virtud del deber general de máxima prudencia y vigilancia que le incumbe no procedió a comunicar al ordenante las posibles dudas que razonablemente se le pudieran presentar por insuficiencia o discrepancia de los datos recibidos, así como por sospechas sobre la bondad de la ejecución”

la culpa concurrente del ordenante. Por otra parte, conforme a esos mismos principios, tampoco parece justificada la imputación al ordenante de un retraso desproporcionado en la ejecución por el simple hecho de que el ordenante haya cometido alguna equivocación. El banco, de apreciar algún error —instrucciones insuficientes o contradictorias—, debe comunicarlo de inmediato a su cliente. En este sentido, la Ley Modelo obliga al banco a dar a su cliente los avisos pertinentes “*a más tardar, el día bancario siguiente al final del período de ejecución*”<sup>(45)</sup>. Por ello, da la impresión de que el ordenante únicamente se encuentra inhabilitado para exigir una indemnización, cuando se le haya notificado tempestivamente la imposibilidad de tramitar la orden a causa de sus errores. En cambio, debe considerarse improcedente toda imputación al ordenante de aquellos retrasos que superen en exceso el término fijado para la ejecución de la transferencia —por ejemplo, cuando la transferencia se demore cinco días en su ejecución—<sup>(46)</sup>. En definitiva, la exoneración prevista en la UG resulta incompleta: debió haber ido acompañada —de modo similar al régimen previsto en la Ley Modelo— de otra norma en la que se impusiera al banco del ordenante la obligación de notificar a su cliente cualquier error o discrepancia en los datos suministrados, al tiempo que se le marcara un plazo para realizar esas notificaciones. Asimismo, el desconcierto generado en la UG pudo haberse

---

(45) Art. 11.4 de la Ley Modelo. El art. 17 de la Ley Modelo, artículo en el que se aborda la problemática suscitada por los retrasos en la ejecución de las transferencias, señala en su número 4 que: “Todo banco receptor que no haya dado alguno de los avisos previstos en los párrafos 4 ó 5 del artículo 8 deberá pagar intereses al expedidor por el importe de cualquier pago que haya recibido del expedidor con arreglo al párrafo 6 del artículo 5 durante el período que retenga el pago”. En el párrafo 4 del artículo 8 se hace referencia a las órdenes que no contengan todos los datos necesarios para la tramitación de la orden de transferencia y en el párrafo 5 a aquellas órdenes que contengan alguna “incoherencia en la información relativa a la cuantía de dinero que ha de transferirse”.

(46) Resulta difícil de precisar cuándo un retraso debe considerarse excesivo. Así, por ejemplo, en la Ley Modelo se prevé que la comunicación de los errores debe realizarse, a más tardar, al día siguiente del plazo señalado para la ejecución de la transferencia. La Directiva 97/5/CE no contempla de modo expreso la obligación de realizar tales avisos. Por consiguiente, un criterio prudencial podría consistir en añadir al plazo de cinco días fijado para la ejecución, otros cinco días para la realización del aviso, de tal forma que no se cargue en exceso al banco del ordenante y no resulte desproporcionado con el plazo impuesto para la ejecución de la orden de transferencia. En efecto, mientras que la Ley Modelo se otorga un plazo máximo de dos días para la ejecución de una orden de transferencia, la Directiva 97/5/CE ha previsto un plazo superior: cinco días, salvo pacto en contrario.

subsano exigiendo una actuación diligente del banco en todo caso, a pesar de los errores cometidos por el ordenante o el beneficiario<sup>(47)</sup>.

## B) El cumplimiento defectuoso de la prestación

En el § 676b (2) BGB se regula la hipótesis en que el banco del ordenante o alguno de los bancos intermediarios, contrariamente a las instrucciones del ordenante, han retenido alguna suma del montante a transferir. En estos supuestos el ordenante puede exigir de su propio banco bien la restitución de las sumas retenidas, bien la remisión al beneficiario. Esta norma se corresponde con el art. 7 de la Directiva 97/5/CE. A través de ella se pretende evitar la extendida práctica bancaria de la “duplicación de gastos” (*double charging*): con frecuencia las entidades de crédito participantes en la ejecución de una transferencia deducen unas sumas en concepto de comisiones del montante transferido, lo que determina que la cantidad finalmente acreditada al destinatario de la transferencia no coincida con la suma fijada en la orden. Al mismo tiempo, este artículo da respuesta a aquellas eventuales situaciones en que una de las entidades de crédito transfiere por error una suma inferior a la fijada en la orden de transferencia. Por otra parte, la exclusión de la deducción de cantidades por parte de la entidad del beneficiario se contempla en el § 676g (2) BGB.

Esta obligación de no realizar detracciones de la suma a transferir podría resultar ya exigible al margen de la UG, pues la no acreditación en la cuenta del beneficiario de la suma fijada en la orden de transferencia podría entenderse que constituye un incumplimiento de las instrucciones emitidas por el ordenante<sup>(48)</sup>, máxime si el ordenante hubiera dado instrucciones expresas a su banco

---

(47) En nuestro país, en varias ocasiones, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha apreciado falta de diligencia por parte de las entidades de crédito a la hora de solucionar los posibles errores cometidos por el ordenante en el momento de la emisión de la orden de transferencia. Bien porque la entidad tenía datos suficientes para poder detectar y subsanar el error cometido, bien porque el banco adoptó una actitud pasiva a la hora de comunicar al banco del ordenante las irregularidades existentes en la orden recibida. v. Reclamación n.º 587/1991, Memoria del SRBE correspondiente al año 1992, Madrid, 1993, p. 67; Reclamaciones n.º 1426/1992, 1254/1992, 1257/1992, 521/1993, Memoria del SRBE correspondiente al año 1993, Madrid, 1994, pp. 73, 75-76; Reclamaciones n.º 1120/1993, 1916/1993, 1709/1993, y otras, Memoria del SRBE correspondiente al año 1994, Madrid, 1995, p. 73; Reclamación n.º 2075/1996, 119/1997, Memoria del SRBE correspondiente al año 1997, Madrid, 1998, p. 68; Reclamación n.º 2925/1997, Memoria del SRBE correspondiente al año 1998, Madrid, 1999, p. 69.

(48) CANARIS, C. W., *Banksvertragsrecht*, cit., p. 307, núm. 461; y HAMANN, U., “Gebührenfragen im grenzüberschreitenden Überweisungsverkehr”, *ZBB*, n.º 4, 1993, p. 250. En nuestro ordenamiento resultan invocables en favor de la devolución de las sumas transferidas los arts. 1719.1 CC y 254 CCo, AURIOLES MARTÍN, A., “La Directiva comunitaria...”, cit., p. 17.

dirigidas a excluir toda eventual detracción<sup>(49)</sup>. Sin embargo, la difusión de esas prácticas continúa siendo una práctica habitual en el ámbito comunitario<sup>(50)</sup>. De ahí que resulte oportuna la regulación expresa de este extremo con el fin de erradicar esas detracciones.

### C) El incumplimiento total de la prestación

En el § 676b (3) BGB se regula la obligación del banco del ordenante de reembolsar la suma cargada en la cuenta de su cliente cuando el importe transferido no haya sido acreditado finalmente en la cuenta del banco del beneficiario. A través de esta norma se pretende evitar que sea el ordenante quien padezca la pérdida de los fondos transmitidos. Esta obligación de reembolso surge con independencia de los motivos por los que la transferencia no se haya llegado a ejecutar, en la medida en que esa obligación se encuadra dentro del § 676b BGB, parágrafo en el que se regula la responsabilidad objetiva del banco del ordenante. El banco del ordenante dispone de catorce días laborables bancarios para cumplir con esa obligación de reembolso a contar desde la fecha de la solicitud del reembolso realizada por el ordenante. Al igual que la Directiva, la UG establece un límite de 12.500 euros en torno a la cuantía de la responsabilidad objetiva del banco en los supuestos de inejecución de la transferencia. La obligación de reembolso impuesta al banco del ordenante viene integrada por tres elementos: el importe de la transferencia, los intereses correspondientes al montante de la transferencia y las comisiones satisfechas por el ordenante. Ahora bien, la UG —con mayor nitidez que la Directiva 97/5/CE y que nuestra Ley 9/1999— establece claramente que la cifra de 12.500 euros afecta únicamente al montante transferido. Por consiguiente, el banco del ordenante, aparte de esa suma, debe abonar a su cliente tanto los intereses correspondientes al

---

(49) El Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha considerado contrario a las buenas prácticas bancarias que el banco del ordenante detraiga comisiones de la suma transferida. Tal proceder supondría “cargar los gastos a la persona no legitimada para soportarlos —el beneficiario en lugar del ordenante—, toda vez que ni aquel era cliente suyo, ni fue un servicio solicitado y aceptado por la persona a quien se le cobró”, v. Reclamación 136/1993, *Memoria del SRBE correspondiente al año 1993*, cit., p. 68; y Reclamación n.º 37/1995, *Memoria del SRBE correspondiente al año 1995*, cit., p. 67. También en relación con las comisiones descontadas por los bancos corresponsales, el SRBE ha afirmado que el banco del ordenante debe informar a su cliente de que los gastos generados por la intervención de bancos intermediarios serán de cargo del beneficiario, v. Reclamación 1761/1993, *Memoria del SRBE correspondiente al año 1994*, cit., p. 75; y Reclamaciones 1417/1997 y 2046/1997, *Memoria del SRBE correspondiente al año 1997*, cit., p. 67.

(50) V., entre otros, el reciente informe elaborado por la Oficina Europea de las Asociaciones de Consumidores: BEUC, *Survey of charges for cross border payments and changing cash from one Euro zone currency to another*, 1999.

montante transferido, como las comisiones o gastos que le hubiese cargado. En relación con la limitación de 12.500 euros impuesta por la Directiva 97/5/CE, debe destacarse que no parecen existir razones de peso que justifiquen esa restricción. Aunque se ha llegado a invocar el peligro de un “riesgo sistémico” para el sistema financiero<sup>(51)</sup> en caso de imponer a las entidades de crédito una obligación de reembolso de carácter ilimitado, ese riesgo carece de toda relevancia en las operaciones que constituyen el ámbito de aplicación de la Directiva —transferencias bancarias cuyo importe no exceda los 50.000 euros—. En definitiva, da la impresión de que el establecimiento de esta acotación tan sólo encuentra su explicación en la claudicación del legislador comunitario ante los intereses del sector bancario<sup>(52)</sup>.

Por otra parte, en el § 676b (3) BGB —al igual que en el art. 8.3 de la Directiva 97/5/CE— se prevén dos excepciones a la obligación de reembolso: a) la inejecución de la transferencia ha tenido su origen en la comunicación de instrucciones erróneas o incompletas por parte del ordenante a su propio banco; b) el incumplimiento de la prestación se ha debido a la defectuosa actuación de una entidad elegida expresamente por el ordenante. En relación con este segundo supuesto —al primero le resultan trasladables los comentarios realizados con anterioridad al analizar esa misma excepción para los supuestos de cumplimiento tardío de la prestación— debe señalarse que el planteamiento subyacente resulta irreprochable: el banco del ordenante no debe responder de las infracciones ocasionadas por una entidad en cuya elección el banco del ordenante no ha tenido ninguna intervención. Sin embargo, la redacción del artículo resulta desafortunada, ya que deja abierta al banco del ordenante la posibilidad de eludir la obligación de reembolso mediante la obtención sistemática de indicaciones de ese tenor: los bancos, a la vista de esta disposición, pueden llegar a pretender que sus clientes les señalen el camino a seguir para la ejecución de la transferencia<sup>(53)</sup>. Por todo ello, quizá hubiese sido más conve-

---

(51) V. NOVAL PATO, J., “Directiva sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pago y de liquidación de valores”, *RDBB*, n.º 71, 1998, p. 924.

(52) STAUDER, B., “Kritische Analyse der Richtlinie vom 27. Januar 1997 über grenzüberschreitende Überweisungen”, en KRÄMER, L./MICKLITZ, H./TONNER, K. (eds./Hrsg.), *Law and diffuse Interests in the European Legal Order. Liber amicorum Norbert Reich*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, p. 596.

(53) ALVARADO HERRERA, L., *La transferencia bancaria*, cit., p. 265, considera que este peligro resulta improbable, ya que la Ley 9/1999 prevé que para la exclusión de la obligación de reembolsar el banco intermediario debió ser elegido “expresamente” por el ordenante. Considera que “la utilización del término *expresamente* permite afirmar que no se estará ante un supuesto de indicación por el ordenante del banco intermediario cuando aquél se limite a prestar su consentimiento a la designación realizada por el banco del ordenante”.

niente establecer que la designación por el ordenante de bancos intermediarios en ningún caso exonera al banco del ordenante de la obligación de reembolso, salvo cuando así se haya pactado de modo expreso. En otras palabras, parece preciso introducir en los formularios de transferencias bancarias, junto a la designación del banco intermediario, una cláusula por la que el banco se exonera de toda responsabilidad por la actuación de los bancos designados por el ordenante. En última instancia, una mención de esas características redundaría en beneficio de una mayor transparencia en las operaciones de transferencia. Esta propuesta se fundamenta en el habitual desconocimiento por parte del ordenante de los beneficios que presumiblemente le puede reportar el recurso a la actividad de un banco o a un sistema específico en la tramitación: bien una reducción en los costes, bien una mayor rapidez en la tramitación. De ahí que, por regla general, el ordenante no tenga un interés especial en designar a una entidad intermediaria. Tampoco la situación varía cuando el banco le facilita esa información y el cliente acepta la tramitación por los cauces sugeridos por el banco. En esos casos, el ordenante, con su conformidad, no está liberando al banco de la responsabilidad por esos intervinientes: el ordenante simplemente está aceptando satisfacer las comisiones propuestas y dando por bueno el plazo dentro del cual su entidad de crédito se ha comprometido a llevar a cabo el asiento de abono, con independencia de que intervengan o no una o más entidades intermediarias. En resumidas cuentas, para que el riesgo de la pérdida del importe de la transferencia pueda imputarse al ordenante, éste debe ser asumido por el cliente de modo expreso en el momento de la emisión de la orden de transferencia. Por ello, no debe olvidarse que previsiblemente el ordenante, salvo por razones de urgencia, preferirá no cargar con ese riesgo a cambio de ganar simplemente unos días en la ejecución de la operación o de beneficiarse de unas comisiones inferiores. Por todo ello, si el banco desea no responder de la actividad de otras entidades debe preocuparse de pactar de modo claro y expreso su exoneración.

D) La exclusión de la responsabilidad objetiva en caso de fuerza mayor

Por último, en el § 676b (4) BGB se excluye toda responsabilidad objetiva del banco del ordenante, cuando esta entidad pueda alegar motivos de fuerza mayor. Sin duda, esa referencia a la fuerza mayor ha tenido su origen en el art. 9 de la Directiva 97/5/CE. En dicho artículo se define como fuerza mayor: “circunstancias ajenas a quien la invoca, anormales, e imprevisibles, cuyas consecuencias no habrían podido evitarse pese a toda la diligencia empleada”. Por consiguiente, esa definición viene a coincidir —toda vez que se funda en las habituales notas de imprevisibilidad e inevitabilidad— con la recogida en el art.

1105 CC para describir aquellos eventos en los que el deudor no responde<sup>(54)</sup>. Ahora bien, la UG, al igual que nuestra Ley 9/1999, no ha precisado si el concepto de fuerza mayor comprende los eventuales supuestos de insolvencia de los bancos intermediarios. Esa pretensión se podría intentar sustentar en la modificación introducida en los textos preparatorios de la Directiva 97/5/CE. Así, en la Propuesta de Directiva se excluían expresamente del concepto de fuerza mayor los supuestos de insolvencia de la entidad intermediaria<sup>(55)</sup>. Se alegaba para ello que la insolvencia de un banco intermediario es un riesgo que el cliente no puede calibrar, ni controlar, ya que él no elige al banco intermediario<sup>(56)</sup>. Esa referencia fue omitida con posterioridad, sin llegar a justificarse el motivo de tal decisión<sup>(57)</sup>. En esa modificación podría intentarse apreciar un cambio de orientación, dirigido a flexibilizar el rigor de la obligación de reembolso. Sin embargo, cualquier afirmación en ese sentido debe ser desechada, al menos en nuestro ordenamiento jurídico<sup>(58)</sup>. Contrariamente a lo que pueda parecer a primera vista, el motivo de este rechazo no reside en el defendido carácter restrictivo que debe presidir la interpretación de la noción de fuerza mayor, sino en el hecho de que la insolvencia de un deudor, conforme a los principios que presiden nuestro ordenamiento, en modo alguno puede ser califi-

---

(54) Como bien señala AURIOLES MARTÍN, A., “La Directiva comunitaria...”, cit., p. 19, la Directiva, con un rigor técnico cuestionable, en vez de calificar la fuerza mayor como causa de exoneración de responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de ejecución de la transferencia, la califica como causa de exención del cumplimiento de las obligaciones.

(55) En el art. 2, letra l de la Propuesta de Directiva (DOCE, núm. C 360, de 17 de diciembre de 1994, p. 15) se recogía la siguiente definición de fuerza mayor: “*el concepto recogido... en la Directiva 90/314/CEE, con exclusión de la insolvencia de una entidad intermediaria*”.

(56) V. la Comunicación de la Comisión *Transferencias de fondos en la UE: Transparencia, eficacia y estabilidad*, [COM(94) 436 final, de 18 de noviembre de 1994], p. 22.

(57) En el mismo art. 2, letra l de la Propuesta modificada de Directiva (DOCE, núm. C 199, de 3 de agosto de 1995, p. 20) se omitió esa previsión. En el comentario a las enmiendas, recogido en el documento de la Comisión *Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las transferencias en la UE* [COM(95) 264 final, de 6 de junio de 1995], p. 2, únicamente se hace referencia a que el texto modificado incorpora la definición de fuerza mayor en vez de efectuar una referencia a la Directiva relativa a los viajes combinados. No se justifica por qué motivo ha dejado de hacerse mención al supuesto de insolvencia de los bancos intermediarios.

(58) PERALES VISCASILLAS, M.<sup>a</sup> del P., “Transferencias bancarias...”, cit., p. 17, nota 136, entendiendo también que las situaciones de insolvencia no entran dentro del concepto de fuerza mayor.

cada como caso fortuito<sup>(59)</sup>. Un deudor insolvente continúa obligado frente a sus acreedores. Por ello, el propio banco del ordenante, de resultar insolvente, no puede eludir la obligación de reembolso frente a su cliente: alegando su situación patrimonial deficitaria, el cliente continúa manteniendo inmutable su derecho de crédito. De modo semejante, el supuesto de insolvencia del banco intermediario tampoco constituye un supuesto de fuerza mayor. El banco del ordenante es quien debe cargar en ese caso con las dificultades de recuperación del importe de la transferencia, ya que es la propia ley la que atribuye al banco del ordenante el riesgo de la actividad del banco intermediario con independencia de que lo haya seleccionado diligentemente<sup>(60)</sup> e, indudablemente, aquella entidad siempre se encuentra en mejores condiciones que el ordenante para conocer la solvencia de una entidad de crédito<sup>(61)</sup>. Quizá, por ello, el motivo del silencio final de la norma comunitaria en este punto no sea otro que la claridad de la cuestión y la conveniencia de evitar confusiones. En esta misma línea, en el considerando decimotercero de la Directiva 97/5/CE, se llama la atención acerca de la necesidad de distinguir “entre las circunstancias a que pueden verse expuestas las entidades que participen en la ejecución de una transferencia transfronteriza, entre otras, las circunstancias vinculadas a una situación de insolvencia, las correspondientes a casos de fuerza mayor”.

Por otra parte, también debe concluirse que serán contadas las ocasiones en que las entidades de crédito podrán excluir con base en caso fortuito los fallos técnicos que puedan impedir la tramitación de una transferencia bancaria. Los altos parámetros de diligencia exigibles al banco, con los consecuentes

---

(59) Cfr. ALVARADO HERRERA, L., *La transferencia bancaria*, cit., p. 252.

(60) Por otra parte, son los bancos los que, a diferencia de la mayoría de los ordenantes de las transferencias, se encuentran en mejores condiciones para prever y controlar los riesgos que puedan surgir. En este sentido, los sistemas de pagos establecen topes a la capacidad de pago de los bancos participantes —por medio de límites bilaterales o multilaterales de crédito—. Por consiguiente, al estar acotada la posición deudora neta máxima que un banco miembro del sistema puede mantener en una sesión, cada banco puede ponderar más ajustadamente el riesgo que asume. Incluso, en el caso de que se llegase a producir la insolvencia de uno de los bancos intervinientes, no faltan dentro de las normas reguladores de los sistemas de pago previsiones en virtud de las cuales las pérdidas que puedan ocasionar las situaciones de insolvencia se prorratearán entre los bancos miembros del sistema, o se cubrirán con las garantías constituidas por estos bancos. Cfr. GENNER, J., *Das UNCITRAL-Modellgesetz über den internationalen Überweisungsverkehr*, Duncker&Humblot, Berlín, 1995, p. 138. Estos mecanismos, dirigidos a controlar los riesgos de crédito y liquidez de las entidades de crédito, están descritos con claridad y detalle por LÓPEZ PEDRUELO, J., “Cámara de Compensación Bancaria de Madrid: el servicio español de pagos interbancarios”, *Boletín Económico*, Banco de España, noviembre de 1997, p. 33 y ss.

(61) EINSELE, D., “Das neue Recht der Banküberweisung”, cit., p. 15.

elevados niveles de previsibilidad y evitabilidad, reducen considerablemente los eventos en que las entidades de crédito pueden aducir que habían adoptado las medidas idóneas exigibles para contrarrestar el evento impeditivo<sup>(62)</sup>. En este sentido, sería cuando menos sorprendente que, por ejemplo, ante la pérdida del importe de la transferencia por un fallo imprevisible e inevitable en el sistema informático de las entidades, fuese el cliente el que resultara perjudicado<sup>(63)</sup>.

## 2. La responsabilidad subjetiva del banco del ordenante

En el § 676c BGB, tras indicar que las acciones atribuidas por el § 676b BGB se desvinculan de toda idea de culpa, se afirma el mantenimiento de las restantes acciones existentes en el ordenamiento —al margen de la UG— y configuradas en torno a la exigencia de culpa de la entidad incumplidora. Sin duda, esa disposición puede estimarse a primera vista como favorable para el ordenante, máxime si se tiene en cuenta que en ese mismo parágrafo se establece que el banco del ordenante responde de la actuación culposa de los bancos intermediarios, siempre que la intervención del banco intermediario no haya

---

(62) El examen de la descripción de los riesgos inherentes a cualquier sistema de pagos realizado por ROSAS CERVANTES, A., *El Sistema Nacional de Compensación Electrónica*, Servicio de Estudios Económicos, n.º 44, Banco de España, 2.ª ed. actualizada, 1995, p. 70 y ss., muestra el alto nivel de previsión existente respecto de las eventualidades que pueden llegar a surgir en la tramitación de las transferencias bancarias. En este sentido, dentro de los riesgos vinculados a los problemas técnicos, se han realizado estudios que ponen de manifiesto que son los fallos en las instalaciones, más que cualquier otra causa —movimientos sísmicos, terrorismo, incendios, inundaciones— los que dan lugar a la mayoría de las interrupciones en el funcionamiento. Por otra parte, también se intenta reducir la inevitabilidad del riesgo a través de medidas especialmente exigentes. Así, por su carácter ilustrativo, resulta interesante reproducir los requisitos exigidos con carácter ineludible para que una entidad pueda ser admitida como asociada en el SNCE: “1. Asegurar la capacidad de recuperación del centro de proceso en donde opere el SNCE, ante pérdida de datos o avería en cualquier unidad física, en un plazo máximo de tres horas. 2. Disponer de energía eléctrica ininterrumpible. 3. Contar, al menos, con dos especialistas informáticos con formación y dedicación suficiente para resolver problemas relacionados con las transmisiones de datos. 4. Disponer, asimismo, de dos especialistas con formación y dedicación suficiente para resolver los problemas que puedan derivarse de cada uno de los subsistemas en los que la entidad vaya a operar”: ROSAS CERVANTES, A., ob. ult. cit., p. 77.

(63) Cfr. STAUDER, B, “Kritische Analyse der Richtlinie...”, cit., p. 595. V. EINSELE, D., “Das neue Recht der Banküberweisung”, cit., p. 15.

sido exigida expresamente por el propio ordenante <sup>(64)</sup>. Se zanja, por tanto, la polémica existente en el derecho alemán acerca de la responsabilidad en las transferencias indirectas en favor de la opinión minoritaria: los bancos intermediarios deben ser calificados como “*Erfüllungsgehilfe*” (auxiliares) del banco del ordenante. No obstante, resulta discutible que la UG haya proporcionado al ordenante una posición ventajosa, ya que a renglón seguido de las previsiones mencionadas se establecen una serie de limitaciones del alcance de esas acciones. Así, la responsabilidad subjetiva del banco del ordenante puede verse limitada a 25.000 euros cuando la cuenta del beneficiario se encuentre situada en el extranjero. Asimismo, también se permite la fijación de una cuantía máxima de la indemnización por los daños indirectos ocasionados debido al retraso o a la inejecución de la transferencia —en concreto, los bancos pueden estipular que la indemnización no exceda de 12.500 euros— siempre que no haya mediado dolo o culpa grave por parte de las entidades bancarias <sup>(65)</sup>. Sorprendentemente, por tanto, las entidades de crédito no se encuentran legitimadas para estipular limitaciones similares cuando los daños indirectos procedan de la ejecución defectuosa de una transferencia, por ejemplo, cuando la transferencia haya sido ejecutada por una cuantía inferior a la señalada en la orden de transferencia. Por lo demás, resulta preciso subrayar que esa referencia al dolo o a la culpa grave apenas mejora la posición del ordenante: éste únicamente en casos muy extre-

---

(64) En relación con esa exoneración, resultan trasladables los comentarios realizados con anterioridad al examinar la responsabilidad objetiva del banco del ordenante. Por lo demás, el § 676c (2) BGB establece que la indemnización al ordenante corresponde al banco intermediario.

(65) En un principio, en el “*Gesetzentwurf des Bundesregierung*” —BR-Drucks. 163/1999, p. 56 y ss.— sólo se preveía la limitación de la cuantía de la indemnización de los daños indirectos surgidos en los supuestos de retraso en la ejecución. En justificación de esa limitación se argumentó que las entidades bancarias difícilmente pueden calcular a cuánto pueden ascender los daños indirectos que pueden surgir como consecuencia de la ejecución tardía de una transferencia. Con posterioridad, esa facultad limitativa se extendió a los supuestos de inejecución de transferencias. EINSELE, D., “Das neue Recht der Banküberweisung”, cit., p. 17, considera desacertada esa ampliación. La UG no emplea el término “*Folgenscha-den*” (daños indirectos) sino “*Schaden*” (daños), por lo que, a su modo de ver, con base en dicho parágrafo, la responsabilidad subjetiva del banco del ordenante en caso de inejecución con culpa leve puede limitarse a 12.500 euros, no sólo para los daños indirectos, sino para todo daño. Esta conclusión resulta criticable. Ciertamente, el legislador no se ha referido expresamente a los daños indirectos. No obstante, da la impresión de que no era otra su intención. De lo contrario, se llegaría a la incongruencia de que para las transferencias internacionales, las cuales siempre entrañan un riesgo mayor, se habría establecido un límite a la cuantía de la indemnización —25.000 euros— superior al fijado para las restantes transferencias —12.500 euros—.

mos podrá invocar tales circunstancias<sup>(66)</sup>. Por último, debe recordarse que en virtud del § 676c (3) BGB, las entidades de crédito pueden alterar en determinados supuestos el § 676c (1) BGB y, por tanto, excluir la imputación al banco del ordenante de la actuación culpable de las entidades intermediarias. En efecto, el § 676c (1) BGB presenta carácter dispositivo cuando las transferencias sean interbancarias, o la cuantía de las transferencias exceda los 75.000 euros o, incluso, cuando la cuenta del beneficiario de la transferencia no se encuentre situada dentro del ámbito de la Unión Europea.

### 3. La responsabilidad del banco del beneficiario

El “*Girovertrag*” —como ya se hizo mención<sup>(67)</sup>— obliga al banco del beneficiario a realizar el asiento de abono en la cuenta del beneficiario dentro del plazo fijado<sup>(68)</sup>. El incumplimiento de esta obligación genera para el banco del beneficiario unas obligaciones de indemnización semejantes a las expuestas con anterioridad en relación con el banco del ordenante. Así, de una parte, se contemplan unas garantías similares para los supuestos de incumplimiento: el cumplimiento tardío de la obligación de abono otorga al beneficiario el derecho a recibir la suma transferida incrementada en un 5% por cada día de retraso, salvo cuando el retraso se haya debido al ordenante o al propio beneficiario [§ 676g (1) BGB]; cuando el banco del beneficiario detraiga alguna suma del montante a transferir, contrariamente a lo fijado en la orden de transferencia, está obligado a reintegrar tales cantidades al beneficiario [§ 676g (2) BGB]; la inejecución de una orden de transferencia, por parte de un banco intermediario

---

(66) Como es sabido, las cláusulas exoneratorias de responsabilidad por dolo y culpa grave resultan inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico con base en lo dispuesto en el art. 1.102 CC, máxime si se tiene en cuenta la prohibición del art. 1.255 CC de todo tipo de cláusulas contrarias a la ley. En torno a los problemas planteados por el dolo como límite de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, v. por todos JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, ed. Civitas, 1987, p. 360 y ss. Por contra, da la impresión de que el legislador alemán ha considerado lícita la limitación de responsabilidad en 12.500 euros para las transferencias internacionales incluso en los supuestos de actuación dolosa o con culpa grave por parte de las entidades bancarias.

(67) V. el apartado en el que se abordan los plazos de ejecución.

(68) Resulta incierto si el banco del beneficiario se encuentra obligado a tramitar las órdenes de giro, pues el “*Überweisungsvertrag*” únicamente obliga al banco del ordenante a tramitar la orden de transferencia hasta el banco del beneficiario; y el “*Girovertrag*” impone al banco del beneficiario la obligación de abonar la suma transferida a aquellas personas con las que mantiene tal relación contractual.

expresamente designado por el banco del banco del beneficiario, otorga al beneficiario el derecho a una obligación de reembolso hasta un límite de 12.500 euros más los intereses correspondientes y las comisiones o gastos cargados [§ 676g (3) BGB]. De otra parte, también el beneficiario mantiene intactas las restantes acciones que el ordenamiento le atribuye para exigir una responsabilidad subjetiva al banco del beneficiario [§ 676g (4) BGB]. No obstante, también se prevén unas limitaciones similares a las contempladas en el § 676c (1) BGB. Sorprendentemente, a diferencia de lo dispuesto para los supuestos de incumplimiento del banco del ordenante, la exclusión de la responsabilidad en caso de fuerza mayor no se establece en relación con los supuestos de garantía —los impropriamente calificados como supuestos de responsabilidad objetiva—, sino que esa posibilidad se contempla al final del § 676g (4) BGB, por tanto, para todas las acciones. No obstante, da la impresión de que el legislador, a través de ese cambio sistemático, no ha pretendido introducir ninguna alteración en el régimen jurídico de la responsabilidad exigible. Con todo, en resumidas cuentas, la principal nota distintiva de la regulación de la responsabilidad del banco del beneficiario frente a la responsabilidad del banco del ordenante —absolutamente coherente desde un punto de vista dogmático con el enfoque contractual de la operación de transferencia— reside en el sujeto destinatario de la indemnización: el beneficiario.

Desgraciadamente, la UG no se pronuncia acerca de la responsabilidad del banco del beneficiario cuando los fondos son acreditados en la cuenta de una persona distinta de la deseada por el ordenante. Con frecuencia esa ejecución defectuosa tiene su origen en un error previo del ordenante: la equivocación a la hora de indicar el beneficiario de la transferencia, de tal forma que el nombre recogido en la orden de transferencia no coincide con el del titular del número de cuenta suministrado. En estos supuestos se plantea si es el ordenante en exclusiva a quien le corresponde cargar con la incertidumbre en torno a la recuperación de los fondos o si, por el contrario, resulta admisible apreciar culpa concurrente del banco del beneficiario por no haber verificado la coincidencia de ambos datos. Es más, incluso podría suscitarse si resulta justificada la propuesta de imputar toda la responsabilidad al banco del beneficiario en aquellas hipótesis en que el nombre del beneficiario ha sido expresado correctamente y el error del ordenante únicamente ha consistido en la equivocada consignación del número de cuenta en la orden de transferencia. Al respecto, de modo sucinto puede afirmarse como regla general que el dato del nombre del destinatario es el que goza de un papel determinante, ya que indudablemente éste posibilita una identificación más segura del beneficiario que el número de cuen-

ta<sup>(69)</sup>. Por ello, si finalmente el banco del beneficiario se rige por el número de cuenta y la transferencia se acredita a un sujeto equivocado, esta entidad en modo alguno ha cumplido con su encargo<sup>(70)</sup>. Por consiguiente, el ordenante, a través de la oportuna acción de naturaleza extracontractual, puede exigir al banco del beneficiario la ejecución correcta de la orden o el reembolso de la suma. Esta obligación bancaria puede moderarse cuando el error haya sido causado por el ordenante debido a su negligencia al emitir la orden. Es más, incluso concediendo que el nombre y el número de cuenta deben gozar de igual valor identificativo, de lo que no cabe duda es de que mientras la tramitación no llegue a basarse de modo exclusivo en el número de cuenta y, por tanto, en la orden de transferencia se continúe plasmando también el nombre del destinatario, a ambos datos se les debe otorgar un valor cumulativo, no alternativo. Esto es, el banco del beneficiario debe tener siempre presente el nombre del destinatario. Por consiguiente, cuando el titular de la cuenta no coincida con el nombre fijado en la orden de transferencia, el banco no debe realizar el asiento de abono apoyándose únicamente en el número de cuenta. Una solución de ese tenor sólo sería admisible en casos excepcionales. Por ejemplo, cuando por las circunstancias que rodean a la orden, se desprende con claridad que los datos del nombre del beneficiario son erróneos y que el dinero debe acreditarse en la cuenta designada con el número<sup>(71)</sup>. Por otra parte, esta obligación de restitución o de ejecución correcta de la transferencia no puede ser eludida mediante la inclu-

---

(69) CANARIS, W. C., *Bankvertragsrecht*, cit., p. 213, núm. 331; SCHÜRMANN, T., *Haftung im mehrgliedrigem bargeldlosen Zahlungsverkehr*, Duncker & Humblot, Berlín, 1994, p. 274. En nuestra doctrina, también ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Observaciones sobre la transferencia bancaria”, *CDC*, n.º 17, 1995, p. 42, se ha pronunciado en favor de seguir este criterio.

(70) El Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha afirmado en varias ocasiones que “con arreglo a la normativa interbancaria, la entidad destinataria de la transferencia debe comprobar la identidad entre beneficiario y titular de la cuenta indicada en la orden. En caso de no coincidencia, las entidades deben abonar el importe recibido en una cuenta de la persona señalada como beneficiaria; si no tuviera cuenta en la entidad deben devolver el importe a la entidad ordenante, pero nunca cumplimentar la transferencia a favor de un titular diferente, aun cuando coincida plenamente el número de cuenta designada por el ordenante con alguna existente en la entidad”, v. Reclamaciones n.º 2484/1996, 212/1997, *Memoria del SRBE correspondiente al año 1997*, cit., p. 68; Reclamación n.º 188/1998, *Memoria del SRBE correspondiente al año 1998*, cit., p. 68.

(71) No obstante, como se señaló con anterioridad, sería más acertado que la entidad de crédito suspendiese la tramitación y solicitase al ordenante las aclaraciones oportunas o incluso devolviera la orden de transferencia. No parece oportuno otorgar un amplio margen de manobra a las entidades de crédito: CANARIS, W. C., *Bankvertragsrecht*, cit., p. 213, núm. 331.

sión de cláusulas contractuales dirigidas a atribuir el riesgo del error al cliente en detrimento de las entidades de crédito<sup>(72)</sup>.

(72) En Alemania encontramos una buena muestra de esos intentos de alterar la posición jurídica del banco a través de cláusulas contractuales. Así, se establecía en el Nr. 4, apartado 3 *AGB-Banken*, en la versión correspondiente al 1 de enero de 1988 —una cláusula similar se preveía en los contratos de las Cajas de Ahorros, en concreto en el Nr. 14, apartado 4 *AGB-Spar*—: “...*Bei Aufträgen zur Gutschrift auf einem Konto (z.B. Überweisungsaufträge) hat der Auftraggeber für Vollständigkeit und Richtigkeit der angegebenen Kontonummer und der angegebenen Bankleitzahl einzustehen. Die Bank unternimmt zumutbare Massnahmen, um Fehlleitungen infolge unrichtiger oder unvollständiger Angaben der Kontonummer, der Bankleitzahl oder der Kontobezeichnung zu vermeiden; kommt es gleichwohl zu einer Fehlleitung, so haftet die Bank gegenüber dem Auftraggeber und dem Empfänger nur für grobes Verschulden*”. [La cual se podría traducir: En caso de órdenes de abono a una cuenta (por ejemplo, órdenes de transferencia), el ordenante responde de la integridad y exactitud tanto del número de la cuenta señalado como de la cuantía a ingresar. El banco debe tomar las medidas pertinentes para evitar los fallos que pudieran derivarse de la insuficiencia o inexactitud de los datos del número de cuenta, del importe de la orden o de la designación de la cuenta. Si, a pesar de ello, acaece un fallo, el banco únicamente debe responder frente al ordenante y el beneficiario en caso de culpa grave]. Las distintas menciones contenidas en esta cláusula han sido ampliamente criticadas por la doctrina alemana —v. CANARIS, W. C., *Bankvertragsrecht*, cit., núm. 332, p. 213 y ss.; y SCHÜRMANN, T., *Haftung im mehrgliedrigen bargeldlosen Zahlungsverkehr*, cit., p. 281 y ss. En primer lugar, se considera inadmisibles que se haga al ordenante responsable de la corrección de los datos aportados. Ciertamente, cabría interpretar que a través de esa fórmula se está recordando al cliente la obligación de actuar diligentemente a la hora de cumplimentar los formularios y la consecuencia que se derivaría en caso de actuar negligentemente: la compensación de culpas. Sin embargo, más bien parece que con esa mención se persigue estipular una responsabilidad objetiva del ordenante. Una orientación de ese sentido carece de justificación, por la sencilla razón de que la obligación de restitución del importe erróneamente abonado correspondiente al banco no depende ni de su propia culpa ni de la culpa del ordenante, sino que surge simplemente porque los fondos anticipados por el ordenante no han sido aplicados para ejecutar la orden proporcionada. Tampoco resulta admisible que el banco limite su responsabilidad tan sólo a aquellos supuestos en los que quepa imputarle una actuación negligentemente grave. A primera vista, la lectura de esa cláusula podría generar la impresión de que el banco ha acotado su responsabilidad dentro unos límites tolerables. Los motivos del rechazo de dicha fórmula radican en los argumentos anteriormente expuestos. A ellos, además, se une el hecho de que el ordenante con relativa facilidad puede cometer errores al consignar una serie de números y, por tanto, incurrir en culpa leve. Sin embargo, esta misma responsabilidad no sería trasladable al banco: éste no respondería por haber sido negligente a la hora de verificar la coincidencia de los datos, salvo que se pudiera probar que actuó con negligencia grave. En suma, la aceptación de estas condiciones generales supondría una atribución al cliente de unos riesgos que pertenecen a la esfera de dominio e influencia del banco. Por otra parte, no debe desdeñarse la consideración de que la pérdida del importe de una transferencia puede provocar importantes daños a los clientes, mientras que los costes de las medidas que debiera tomar el banco para comprobar la pertinencia del abono podrían ser cargados al ordenante en el precio y distribuirse entre toda la clientela bancaria. Cabría, por todo ello,

#### 4. Valoración global. El § 676b BGB como obligación de garantía

A la vista del régimen jurídico resultante del § 676b BGB se plantea una cuestión fundamental: las obligaciones resultantes de dicha norma, ¿deben calificarse como obligaciones de garantía o constituyen más bien obligaciones indemnizatorias resultantes de la atribución de una responsabilidad objetiva al banco del ordenante? La solución que se adopte en torno a este punto repercute indudablemente en la posición jurídica del ordenante. Conforme a la primera calificación, el ordenante obtendría, además de las acciones que pudieran corresponderle frente a los bancos con base en los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones, unos derechos especiales de garantía otorgados por el § 676b BGB. Por consiguiente, de seguirse esa orientación, el § 676b BGB únicamente vendría a garantizar al ordenante una protección añadida a la que le corresponde conforme al régimen general de responsabilidad, de tal forma que la satisfacción de sus intereses no quedase a expensas del incierto resultado del ejercicio de sus acciones. Por contra, entender que el § 676b BGB supone una responsabilidad objetiva del banco del ordenante significaría la postergación del régimen general de responsabilidad en favor de una mayor protección del ordenante, de tal forma que a la hora de determinar la responsabilidad del banco del ordenante se prescindiría de toda valoración de la actuación del banco del ordenante en términos de culpa-negligencia. En otras palabras, la culpa del banco del ordenante no actuaría como presupuesto de su responsabilidad, sino que en caso de producirse determinados supuestos de incumplimiento, el banco del ordenante respondería automáticamente de ellos, por entenderse que forman parte de la esfera de riesgo inherente a su actividad. Se le evitaría al ordenante, por tanto, la problemática investigación del banco

---

desde el punto de vista de nuestro derecho, declarar la nulidad de dichas cláusulas con base en el art. 10.1.c) de la LGDCU, por ser contrarias al requisito de “*la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes*”. En la actualidad, en Alemania, estas cláusulas han sido modificadas —v. SCHÜRMANN, T., *Haftung im mehrgliedrigen bargeldlosen Zahlungsverkehr*, cit., p. 397 y ss.—. Las entidades de crédito han renunciado a hacer responsables de modo expreso a sus clientes y a limitar su responsabilidad a los supuestos de culpa grave. Así, en el Nr. 11, apartado 2 *AGB-Banken*, de 1993 se establece, bajo la rúbrica “Claridad de las órdenes” (*Klarheit von Aufträgen*): “*Aufträge jeder Art müssen ihren Inhalt zweifelsfrei erkennen lassen. ... Vor allem hat der Kunde bei Aufträgen zur Gutschrift auf einem Konto (zum Beispiel bei Überweisungsaufträgen) auf die Richtigkeit und Vollständigkeit des Namens des Zahlungsempfängers, der angegebenen Kontonummer und der angegebenen Bankleitzahl zu achten...*”. [Se podría traducir: El contenido de las órdenes, cualquiera que sea su modalidad, debe permitir conocer su contenido sin dar lugar a equivocaciones. En caso de órdenes de abono en una cuenta (por ejemplo, de órdenes de transferencia), el cliente debe velar ante todo por la integridad y exactitud del nombre del beneficiario, del número de cuenta y del importe a abonar]. De modo similar se pronuncia el Nr. 20, apartado 1, letra b) *AGB-Spark*.

culpable y la necesidad de tener que dirigirse contra un banco intermediario extraño con el que no mantiene ninguna relación contractual —en ocasiones, el banco incumplidor se encuentra situado en el extranjero, por lo que se añaden las dificultades del idioma y de la determinación del ordenamiento jurídico aplicable—.

La UG no permite extraer una conclusión clara al respecto, en buena medida a causa de la confusión ya presente en la propia Directiva 97/5/CE. En efecto, de la lectura de los arts. 6 y 8 de la Directiva 97/5/CE parece desprenderse la imposición de una responsabilidad objetiva al banco del ordenante. Así, de una parte, contrariamente a la opinión mantenida tanto por la jurisprudencia como por la doctrina dominante, el legislador parece haber concluido que la obligación del banco del ordenante comprende todo el proceso ejecutivo hasta la realización del asiento de abono en la cuenta del banco del beneficiario <sup>(73)</sup>, en vez de la simple transmisión al siguiente banco interviniente de las oportunas instrucciones para la ejecución de la operación de transferencia <sup>(74)</sup>. Por ello, la

---

(73) En favor de esta orientación se manifestó en primer lugar KÖNDGEN, J., “Bankhaftung - Strukturen und Tendenzen - Generalbericht”, en KÖNDGEN, J., (Hrsg.), *Neue Entwicklungen im Bankhaftungsrecht*, Colonia, 1987, p. 133 y ss. Con posterioridad otros autores también se han mostrado partidarios de no limitar el alcance de la obligación del banco del ordenante: HUBER, U., “Grenzüberschreitender Zahlungsverkehr und Valutaverhältnis (underlying obligation)”, en HADDING, W./SCHNEIDER, U. H., *Rechtsprobleme der Auslandsüberweisung*, Duncker & Humblot, 1993, p. 57 y ss.; DIESTELMEYER, L., *Die Stellung des zwischengeschalteten Kreditinstituts im bargeldlosen Zahlungsverkehr. Am Beispiel von Giroüberweisung, Lastschrift- und Scheckinkasso, Akkreditivgeschäft und Dokumenteninkasso*, Bochumer juristische Studien Band 95, Universitätsverlag Dr. N. Brookmeyer, Bochum, 1992, p. 98 y ss.; GENNER, J., *Das UNCITRAL-Modellgesetz...*, cit., p. 123 y ss.; EINSELE, D., “Haftung der Kreditinstitute bei nationalen und grenzüberschreitenden Banküberweisungen”, *AcP*, n.º 199, 1999, p. 177 y ss.; KOLLER, I./FAUST, F., “Die Haftung der Erstbank...”, cit., p. 68 y ss. A diferencia de los anteriores, EINSELE entiende que la obligación del banco del ordenante comprende también la realización del asiento en la cuenta del beneficiario. Por otra parte, KOLLER/FAUST, aunque comparten el alcance de la obligación del banco del ordenante, divergen de los anteriores acerca de la responsabilidad del banco del ordenante que resulta en caso de incumplimiento de esa obligación. Así, consideran que los bancos intermediarios no deben ser calificados como auxiliares del banco del ordenante (*Erfüllungsgehilfe*) conforme al § 278 BGB, sino como sustitutos (*Substituten*) del banco del ordenante, por lo que en virtud del § 664 BGB la responsabilidad del banco del ordenante variaría según los supuestos.

(74) Entre los autores partidarios de limitar el alcance de la obligación del banco del ordenante a la transmisión de la orden de transferencia al siguiente banco intermediario destacan, entre otros: HÜFFER, U., “Haftungsfragen im Bankrecht”, *WM*, n.º 22, 1997, p. 641 y ss.; SCHLEGELBERGER, F., *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band IV, (§§ 343-372), 5.ª ed., Munich, 1976, § 365, núm. 46; KINDERMANN, E., “Überweisungsverkehr”, *Bankrecht und Bankpraxis (BuB)*, (antes *Bankgeschäftliches Formularbuch*), Loseblattwerk, Sechster Teil: Zahlungsverkehr, agosto de 1983, Rn. 6/150; VON GABLENZ, C.-H., *Die Haftung der*

obligación del banco del ordenante se configura, contrariamente a la posición mantenida mayoritariamente por la doctrina alemana, como una obligación de resultado, en vez de como una obligación de medios <sup>(75)</sup>. Esta calificación determina que la defectuosa ejecución de la transferencia da lugar a la responsabilidad del deudor, salvo que demuestre el carácter fortuito del incumplimiento. De otra parte, también se puede llegar a inferir que la Directiva 97/5/CE imputa al banco del ordenante la actuación de las entidades intermediarias. Así, en caso de ejecución con retraso del asiento de abono en la cuenta del banco del beneficiario, el art. 6 establece que el banco del ordenante debe pagar los intereses correspondientes al ordenante con independencia de que el retraso haya sido ocasionado por un banco intermediario o por el propio banco; de modo similar, en caso de inejecución de la transferencia, el art. 8 impone al banco del ordenante la obligación de reembolso al margen de la valoración de la actuación de los bancos intermediarios. No obstante, esa presunción en favor de entender que la Directiva establece una responsabilidad objetiva no es total, más bien se debería hablar de una responsabilidad quasi-objetiva, aunque para la determinación del incumplimiento no se tiene presente la existencia de culpa, ésta sí se tiene en cuenta en el juicio final de responsabilidad, ya que el banco incumplidor puede quedar libre de toda responsabilidad siempre que pruebe que medió caso fortuito (art. 9 de la Directiva 97/5/CE). Esta impresión favorable a enten-

---

*Banken bei Einschaltung Dritter*, Munich, 1983, p. 223 y ss.; SCHRÖTER, J., “Bankenhaftung im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr”, *ZHR*, n.º 151, 1987, p. 120 y ss.; CANARIS, C. W., *Banksvertragsrecht*, cit., p. 251, núm. 390; HADDING, W./HÄUSER, F., “Rechtfragen des Giroverhältnisses”, *ZHR*, n.º 145, 1981, p. 138 y 146; HÖLSCHIEDT, N. H., *Die Haftung der Banken im Zahlungsverkehr. Unter besonderer Berücksichtigung girovertraglicher Haftungsfragen*, Verlag Josef Eul, Bergisch Gladbach, Colonia, 1991, p. 254 y sig.; GÖSSMANN, W., *Recht des Zahlungsverkehrs*, Erich Schmidt Verlag, 2.ª ed., Berlín, 1993, núm. 69, p. 51 y ss.; WIMMER-LEONHARDT, S., *Die Haftung gegenüber den Bankkunden im Mehrgliedrigen Zahlungsverkehr. Die Rechtslage in Deutschland mit rechtsvergleichenden und europarechtlichen Bezügen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, p. 46 y ss.; SCHÜRMANN, T., *Haftung im mehrgliedrigen bargeldlosen Zahlungsverkehr*, cit., p. 96 y ss.; KÜMPEL, S., “Die begrenzte Haftung der Bank bei weitergeleiteten Kundenaufträgen”, *WM*, 1996, p. 1894 y 1898; SCHÖN, W., “Prinzipien des bargeldlosen Zahlungsverkehrs”, *AcP*, n.º 198, 1998, p. 448 y ss.; BYDLINSKI, P., “Bemerkungen zum Regierungsentwurf...”, cit., p. 1046, nota 8.

(75) La doctrina alemana coincide en afirmar que la UG introduce una obligación de resultado para el banco del ordenante: v., por todos, BYDLINSKI, P., “Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines Überweisungsgesetzes...”, cit., p. 1049; y JAKOBS, H. H., “Gesetzgebung im Banküberweisungsrecht”, cit., p. 644. Por otra parte, recientemente KÜMPEL, S., “Zur Bankenhaftung nach dem neuen Überweisungsrecht”, *WM*, n.º 16, 2000, p. 797 y ss.; y WACKERBARTH, U., “Die Haftung für zwischengeschaltete Banken in mehrgliedrigen Überweisungsverkehr”, *ZIP*, n.º 28, 2000, p. 1.187 y ss., han matizado el alcance de la responsabilidad del banco del ordenante a la luz de la nueva UG.

der que la Directiva pretende objetivar la responsabilidad del banco del ordenante y reforzar los derechos del ordenante, encuentra su refrendo en el propio proceso de elaboración de la Directiva, en el que precisamente se subrayó que es al banco del ordenante a quien, conforme a un principio de custodia responsable, debe imputarse la carga de la restitución de la suma transferida <sup>(76)</sup>.

Sin embargo, esa calificación debe rechazarse en favor de entender que las obligaciones impuestas al banco del ordenante en virtud de los arts. 6 y 8 constituyen más bien simples derechos de garantía <sup>(77)</sup>. El establecimiento del límite de 12.500 euros para la obligación de reembolso no permite otra conclusión. Esa imposición paraliza cualquier intento dirigido a concluir que la Directiva ha supuesto una sustitución del régimen general de responsabilidad por una objetivación de la responsabilidad. Se estaría impidiendo al ordenante obtener la plena satisfacción de su derecho, de aceptarse que la UG prevé la responsabilidad objetiva del banco del ordenante como único medio puesto a disposición de su cliente para satisfacer su derecho a resarcir los daños sufridos, pero que la cuantía máxima de la indemnización que en todo caso puede percibir el ordenante con arreglo a esa responsabilidad objetiva se encuentra limitada a un máximo de 12.500 euros. En lugar de favorecer al ordenante, se le estaría perjudicando. Por todo ello, la Directiva 97/5/CE tan sólo garantiza una protección mínima, que el ordenante puede ampliar a través del recurso a otras acciones. Precisamente, el art. 8 reconoce ese derecho del ordenante a recurrir al régimen general de responsabilidad, ya que la obligación de reembolso impuesta al banco del ordenante surge en todo supuesto de inejecución de la transferencia “sin perjuicio de cualquier otro recurso que pudiera presentarse” <sup>(78)</sup>.

El resultado final de la Directiva resulta, por tanto, sorprendente. El art. 8 apenas contribuye a mejorar la posición jurídica del ordenante. El ordenante en raras ocasiones se conformará con percibir 12.500 euros, por lo que para recuperar la totalidad del importe de la transferencia tendrá que ejercitar contra su propio banco las correspondientes acciones al margen de la Directiva. En efec-

---

(76) En COM (94) 436 final, *ibid.*, se destaca que “el ordenante ha pagado a su entidad los costes de la transferencia de sus fondos. Si contrariamente a lo que cabría esperar, los fondos no llegan a su destino, como mínimo deberá tener derecho, por un principio de custodia responsable, a su restitución”.

(77) Cfr. RISSE, J./LINDNER, N., “Haftung der Banken...”, cit., p. 2.202 y ss., se refieren a las obligaciones impuestas al banco del ordenante por el § 676b BGB como “*Garantieverzinsung*”, “*Money Back-Garantie*” o “*Garantiesumme*”, pero en ningún caso afirman que en ese precepto se establece una responsabilidad objetiva.

(78) Parece carente de toda justificación pretender entender que con esa mención se está haciendo referencia al mantenimiento de las acciones para reclamar los daños indirectos.

to, si bien resulta controvertido, todo parece indicar que, de una parte, la obligación del banco del ordenante en toda transferencia bancaria, a la vista de las estipulaciones del contrato de cuenta corriente y de las expectativas de los clientes bancarios, constituye una obligación de resultado y, de otra, que el banco del ordenante, en virtud de los principios generales de responsabilidad, debe responder de la actuación de los bancos intermediarios<sup>(79)</sup>. Por consiguiente, las acciones indemnizatorias ejercitables por el ordenante al margen de la Directiva 97/5/CE deben dirigirse frente al banco del ordenante, y conducen a que sea esta entidad quien responda de cualquier irregularidad que pueda acontecer antes de la efectiva realización del asiento de abono en la cuenta del banco del beneficiario, incluso cuando el banco incumplidor haya sido un banco intermediario. En resumidas cuentas, el legislador comunitario, en vez de clarificar el contenido de las relaciones jurídicas existentes entre los distintos participantes en una operación de transferencia, se ha limitado a garantizar un mínimo de protección —12.500 euros— para el ordenante. Ese resultado final no parece corresponderse con los objetivos iniciales perseguidos con la aprobación de la Directiva. Todo lo contrario, da la impresión de que el legislador consideraba ajustada la atribución al banco del ordenante de la responsabilidad por la actuación de los bancos intermediarios, en detrimento de cualquier concepción restringida de la obligación del banco del ordenante, predominante en los ordenamientos de algunos Estados miembros. Sin embargo, tales pretensiones armonizadoras —quizá incluso de un modo no muy consciente— se han visto truncadas al plegarse, ante las presiones bancarias, a incluir el límite de 12.500 euros en la obligación de reembolso.

## VI. LA REVOCACIÓN DE LAS ÓRDENES DE TRANSFERENCIA

La UG aborda en los §§ 676a (4) y 676d (2) BGB la regulación de la revocación de las transferencias bancarias. Esta cuestión no se había contemplado en la Directiva 97/5/CE. El origen de esa previsión en materia revocatoria llevada a cabo por el legislador alemán estriba, de una parte, en el deseo de eliminar cualquier incertidumbre en torno al régimen jurídico de las transferencias bancarias y, de otra, en la necesidad de cumplir con la obligación de transponer también la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de

---

(79) VON WESTPHALEN, F. G., “Verspätete Überweisungen — Einige Bemerkungen zur neuen Rechtslage”, *BB*, n.º 4, 2000, p. 157 y ss.; v. RISSE, J./LINDNER, N., “Haftung der Banken...”, *cit.*, p. 2.204.

valores<sup>(80)</sup>. Como es sabido, la principal finalidad de esa Directiva consiste en la erradicación de toda posibilidad de revocar las órdenes de transferencia desde el momento en que éstas son introducidas en el sistema de compensación y liquidación. Así, en el § 676d (2) BGB en consonancia con el art. 11 de la Directiva 98/26/CE, se señala que la revocación de las órdenes de transferencia tramitadas por un sistema de compensación y liquidación se rige por las normas reguladoras de los sistemas. Para las restantes órdenes de transferencia bancaria, esto es, las órdenes de transferencia tramitadas al margen de los sistemas de compensación y liquidación, se establece una norma general: la recepción por parte del banco del beneficiario de una orden revocatoria procedente del banco del ordenante, con anterioridad a la recepción de los fondos que debe ingresar en favor de su cliente, obliga al banco del beneficiario a suspender la tramitación de la orden de transferencia. Por consiguiente, en esos supuestos el banco del beneficiario no debe realizar el asiento de abono en favor de su cliente y se encuentra obligado a reintegrar los fondos recibidos. Esta norma viene a corroborar las previsiones establecidas con anterioridad por la UG en torno a la revocación en el § 676a (4) BGB; si bien dicho párrafo —debido a la construcción contractual elaborada en torno a las transferencias bancarias, en detrimento de la calificación de las órdenes de transferencia como instrucciones— no se dedica propiamente a regular la revocación de las órdenes de transferencia, sino la rescisión del contrato de transferencia. La configuración de ese derecho de rescisión del ordenante se encuentra condicionada por el alcance de la obligación del banco del ordenante: la realización del asiento de abono en la cuenta del banco del beneficiario. Por este motivo en el § 676a (4) BGB se afirma que la rescisión del contrato de transferencia resulta admisible siempre que no haya transcurrido el plazo fijado para la ejecución de la transferencia; no obstante, esa rescisión sólo tendrá eficacia jurídica cuando el banco del beneficiario haya recibido la comunicación de la rescisión antes de recibir el asiento de abono en su favor<sup>(81)</sup>.

De esos artículos se puede extraer en buena medida las notas configuradoras de la posición jurídica del ordenante cuando, por motivos variados, modifique su determinación de transferir los fondos disponibles en su cuenta bancaria. Así, resulta evidente que la rescisión del contrato de transferencia vincula al banco del ordenante cuando aquella tenga lugar antes de la transmisión de la

---

(80) DOCE, núm. L 166, de 11 de junio de 1998, p. 45 y ss. La Directiva fue aprobada el 19 de mayo de 1998. La conveniencia de la adopción final de una Directiva, en vez de acudir a otras técnicas de armonización —contrato modelo, normas de derecho internacional privado, recomendaciones— se justifica pormenorizadamente en la Comunicación de la Comisión: COM (96) 193, pp. 3-4.

(81) HÄUSER, F., “Zur Umsetzung der Richtlinie...”, cit., p. 1042.

orden de transferencia al siguiente banco de la cadena. Por contra, en caso de que el ordenante pretenda rescindir el contrato de transferencia con posterioridad a ese momento, el banco tan sólo se obliga a transmitir la voluntad revocatoria de su cliente, pero no asume el reintegro de los fondos ya transmitidos. Por consiguiente, la UG distingue dos aspectos: de una parte, la rescisión del contrato de transferencia en sentido estricto y, de otra, la transmisión de la voluntad revocatoria de su cliente al banco del beneficiario<sup>(82)</sup>. El legislador no disponía de muchas otras opciones. Si se tramita la orden de transferencia y ulteriormente se emite una orden revocatoria, presumiblemente esta última será recibida con posterioridad por las siguientes entidades participantes en la tramitación de la transferencia. La lógica de esa sucesión temporal genera una gran incertidumbre respecto al logro final de la revocación. De ahí que el desconocimiento por parte del banco del ordenante de la efectividad de la orden revocatoria aconseje desligar al banco de toda responsabilidad por dicha orden, siempre, obviamente, que éste haya efectivamente tramitado en su momento la orden de transferencia<sup>(83)</sup>. Ahora bien, todo lo anterior no constituye ningún obstáculo para que resulte oportuno obligar al banco a comunicar sin demora la voluntad revocatoria del ordenante al siguiente banco de la cadena —y éste, a su vez, a las sucesivas entidades intervinientes hasta llegar al banco del beneficiario—<sup>(84)</sup>. Ciertamente, nada parece oponerse al reconocimiento de este derecho en favor del ordenante<sup>(85)</sup>; de ahí que el legislador no excluya la revocación de

---

(82) Cfr., SANTINI, G., *Il bancogiro*, Bologna, 1948, p. 173 y ss.

(83) Por tanto, el banco del ordenante, una vez iniciada la tramitación, no está obligado a devolver los fondos transferidos; ni tan siquiera cuando el ordenante haya emitido una orden revocatoria antes del abono en la cuenta del banco del beneficiario. Al respecto, no debe olvidarse que el reintegro de los fondos es la principal consecuencia aparejada a la revocación.

(84) SANTINI, G., *Il bancogiro*, cit., p. 174, reconoce esta facultad del cliente, no sin antes poner de relieve que se podría objetar que las órdenes a las que tiene derecho el cliente sólo pueden hacer referencia a “*somme risultanti a credito del conto*” (art. 1852 *Codice civile*). No obstante, también resalta que las entidades de crédito, en principio, tampoco tendrán un interés especial en oponerse a esta petición del cliente.

(85) V., por todos, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Observaciones sobre la transferencia...”, cit., p. 40; HÄUSER, F., “Der Widerruf des ‘Überweisungsauftrags’ im Giroverhältnis”, *NJW*, 1994, p. 3126; y CANARIS, C. W., *Banksvertragsrecht*, cit., p. 212, núm. 329, y p. 236, núm. 365. En el derecho norteamericano, la *section* § 4A-211 f prevé que el ordenante debe soportar las pérdidas y los costes que pueda generar la remisión de esa orden revocatoria. La sentencia *Aleo International Ltd. v. Citibank, N.A.* (612 N.Y.S. 2 d, p. 540 y ss.) constituye un ejemplo de la aplicación de estos criterios: el 13 de octubre de 1992 el demandante —el norteamericano Aleo— había ordenado al demandado —*Citibank*— la realización de una transferencia por valor de 284.563,00 US-\$ en favor de un cliente del *Dresdner Bank* en Berlín. El *Citibank* transmitió la orden al *Dresdner Bank* el mismo día a las 17,27 —hora de

la transferencia hasta el momento en que los fondos hayan sido abonados en la cuenta del banco del beneficiario<sup>(86)</sup>. En el supuesto de que el ordenante logre finalmente paralizar la tramitación de la transferencia, gracias a esas comunicaciones realizadas por su banco, es dicha entidad quien debe asumir el riesgo de la recuperación infructuosa de los fondos. En cambio, es el ordenante quien debe cargar con la eventual pérdida de los fondos si el banco del beneficiario los ha recibido pero, en atención a la orden revocatoria, no llega a tramitar la orden de transferencia<sup>(87)</sup>.

---

Nueva York—. El *Dresdner Bank* realizó el asiento de abono en la cuenta del beneficiario el 14 de octubre de 1992 a las 9,59 —hora de Berlín—, que se corresponde con las 3,59 —hora de Nueva York—. El 14 de octubre de 1992, a las 9,00 —hora de Nueva York—, Aleo revocó la orden de transferencia y exigió del *Citibank* la devolución de los fondos. El tribunal falló en contra de las pretensiones del demandante: “*The documentary evidence shows that Hermatjou’s account was credited on October 14, 1992 at 9:59 a.m. Berlin time. Thus, as of 3:59 a.m. New York time, the Dresdner Bank paid the beneficiary and thereby accepted the payment order. Because this payment and acceptance occurred prior to Ms. Eyzerovich’s stop transfer order at 9 a.m. on that day, according to UCC 4A-211 (2), Ms. Eyzerovich’s attempt to cancel the payment order was ineffective and Citibank may not be held liable for failing to honor it*”. En definitiva, el tribunal consideró que el *Citibank* no debió tramitar la orden de revocación, pues ya había cumplido con su encargo desde el momento en que el *Dresdner Bank* —3,59 hora de Nueva York— había aceptado la ejecución de la orden de transferencia y había realizado el asiento de abono. Por consiguiente, la orden revocatoria emitida a las 9,00 —hora de Nueva York— era inobservable: la revocación había sido emitida intempestivamente.

(86) A nuestro juicio, hubiese sido más conveniente que la UG señalara que la revocación resulta factible hasta el momento en que los fondos sean puestos a disposición del beneficiario. Se ha olvidado, por tanto, que las entidades de crédito asumen un doble papel en la tramitación de las transferencias bancarias. En efecto, la entidad de crédito no actúa sólo en nombre del beneficiario, sino que también se encuentra vinculada con el banco corresponsal. Cfr. GIRÓN TENA, J., “Contribución al estudio de la transferencia bancaria”, en *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 430; HADDING, W./HÄUSER, F., “Gutschrift und Widerruf des Überweisungsauftrags im Giroverhältnis”, *WM*, n.º 31, 1988, p. 1154.

(87) El banco no debe soportar las consecuencias negativas derivadas de la variación del tipo de cambio. Un ejemplo puede resultar ilustrativo: un banco recibe una orden de poner a disposición de un sujeto una determinada suma en libras. Con este fin, el banco, antes de iniciar la ejecución de la operación, realiza el cambio de moneda pertinente. Una vez transmitida la orden al siguiente banco de la cadena, el ordenante decide revocar la orden y consigue que sea detenida antes de que se realice el abono en la cuenta del beneficiario. No obstante, debido a la devaluación de la libra, el ordenante recupera una suma inferior a la inicialmente cargada en su cuenta. En esta hipótesis, el ordenante no tiene ningún derecho a exigir una indemnización a su banco. Cfr. SCHWOLOW, U., *Internationale Entwicklungslinien im Recht der Auslandsüberweisung*, C.H.Beck’sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1999, p. 178. Este mismo autor se plantea, con base en el art. 8 de la Directiva 97/5/CE, si cabe imputar al banco del ordenante la responsabilidad por la restitución del importe de la transferencia revocada. Es decir, si toda vez

Por otra parte, la UG no aborda en sentido estricto la problemática de la revocación directa de las órdenes de transferencia. En efecto, la fundada sospecha de que una orden revocatoria tramitada a lo largo de la cadena difícilmente alcanzará a detener una transferencia ya iniciada, puede llevar al ordenante a intentar ponerse en contacto directamente con el banco del beneficiario o con cualquier otra entidad interviniente, distinta de aquella con la que mantiene su relación de cuenta corriente. La doctrina dominante<sup>(88)</sup> ha descartado esta posibilidad, por entenderla incompatible con las relaciones existentes en una transferencia indirecta<sup>(89)</sup>. Cada una de los participantes en la ejecución de una transferencia mantiene únicamente una relación contractual con la entidad de la que recibe la orden y con la siguiente. Por ello, el ordenante, al carecer de todo vínculo contractual con el banco del beneficiario, no puede solicitarle directamente la revocación de la orden: aquél sólo queda obligado por las órdenes que

---

que el nacimiento de la obligación de reembolso viene determinado por dos elementos —la aceptación del banco del ordenante y la falta de abono de los fondos en la cuenta de la entidad del beneficiario—, cabe interpretar que los supuestos de revocación, al cumplir ambos requisitos, están también comprendidos dentro de la obligación de reembolso. Sin embargo, pese a que tal interpretación literal es factible, resulta injustificada —también SCHWOLOW rechaza esa interpretación—. La obligación de reembolso viene motivada por la falta de ejecución o tramitación deficiente de la transferencia, de ahí que corresponda al banco asumir el riesgo de pérdida de los fondos. Mientras que en el supuesto de la revocación, es el ordenante quien debe cargar con el riesgo del reembolso, ya que la falta de acreditación de los fondos ha tenido lugar únicamente por su voluntad. Quizá hubiera sido deseable que el texto de la Directiva 97/5/CE y, por consiguiente, también el de la Ley 9/1999 excluyera esta interpretación de modo tajante. Por otra parte, este problema ya había sido debatido durante la elaboración de la Ley Modelo, v. A/CN.9/346, art. 11, par. 16, p. 75. En concreto, se discutió si el n.º 5 del art. 12 de la Ley Modelo, no sería redundante e innecesario a la vista de la obligación de reembolso impuesta en el art. 14. Al final se optó por conservar la redacción del art. 12, por entender que con el art. 14 no se pretendía comprender los supuestos de revocación, sino que éste tenía un alcance más limitado.

(88) HADDING, W./HÄUSER, F., “Gutschrift und Widerruf...”, cit., p. 1154; CANARIS, C. W., *Banksvertragsrecht*, cit., p. 236, núm. 365; SCHRÖTER, J., “Bankenhaftung...”, cit., p. 141 y ss.; HÄUSER, F., “Der Widerruf...”, cit., p. 3124; y SANTINI, G., *Il bancogiro*, cit., p. 173.

(89) Por contra, MÖSCHEL, W., “Dogmatisch Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs”, *AcP*, n.º 186, 1986, p. 228 y ss., parte de que en las operaciones de transferencia, el ordenante no sólo mantiene relación contractual con su banco, sino con todas las entidades integrantes del sistema de pago. Esta novedosa configuración contractual —que él mismo denomina como “contrato de red” (*Netzvertrag*)— determinaría que el ordenante dispusiera de la facultad de revocar directamente la orden de transferencia frente a cualquiera de los bancos intervinientes.

partan de su banco corresponsal<sup>(90)</sup>. En resumidas cuentas, las pretensiones revocatorias del ordenante al margen de la cadena de contratos carecen de toda eficacia<sup>(91)</sup>. Por consiguiente, el banco del beneficiario no debe ninguna indemnización por haber hecho caso omiso de las instrucciones remitidas por el ordenante. Por otra parte, también razones de seguridad aconsejan negar al ordenante cualquier derecho a exigir una revocación directa. Indudablemente, el reconocimiento de ese derecho al ordenante sería fuente de posibles fraudes, pues difícilmente el banco del beneficiario está en condiciones de verificar la identidad y legitimación de un cliente para revocar<sup>(92)</sup>. El banco del beneficiario no cuenta con ninguna garantía de la autenticidad de la orden revocatoria<sup>(93)</sup>. Por todo ello, carecería de toda lógica que el banco del beneficiario incumpliese su deber de ejecutar la orden —resultante de la relación contractual con su banco

(90) SANTINI, G., *Il bancogiro*, cit., p. 173.

(91) HADDING, W., “Zum grenzüberschreitenden Überweisungsverkehr nach deutschem Recht”, en HADDING, W./SCHNEIDER, U. H, *Rechtsprobleme der Auslandüberweisung*, Duncker & Humblot, 1993, p. 30.

(92) V. SANTINI, G., *Il bancogiro*, *ibid.*, nota 18. Este autor, precisamente, señala que en Alemania ya algunos autores habían puesto de manifiesto la incapacidad del banco del beneficiario para reconocer la legitimidad de la revocación. Con posterioridad, en esta línea, SCHRÖTER, J., “Bankenhaftung...”, cit., p. 141, critica a aquellos que consideran probada la identidad del emisor de la orden de revocación por el simple hecho de que no haya errado acerca de los datos esenciales de la orden de transferencia: ordenante, beneficiario y cuantía. Entiende que en dicho conocimiento no se asienta en absoluto ninguna seguridad respecto de la legitimidad del revocante, ya que diversos sujetos del círculo del ordenante —por ejemplo, sus empleados o familiares— pueden haberse informado de tales datos. Es más, en algunos supuestos, también un extraño, interesado en revocar la transferencia, podría haber averiguado la información mencionada. Por otra parte, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha reconocido las dudas que pueden surgir a una entidad en torno a la autenticidad y alcance de una orden revocatoria, v. Reclamación n.º 1070/1998, *Memoria del SRBE correspondiente al año 1998*, cit., p. 69. Sin embargo, en este supuesto, el banco que había recibido la orden no era el del beneficiario, sino el del ordenante, por lo que debió haber efectuado gestiones ante su cliente con el fin de verificar la regularidad de la orden recibida y completar los datos necesarios que permitiesen revocar la orden.

(93) SCHRÖTER, J., ob. ult. cit., p. 142, señala acertadamente que el banco del beneficiario tan sólo podrá gozar de certidumbre acerca de la identidad del revocante cuando éste sea cliente suyo y pueda, en consecuencia, cerciorarse de la veracidad de la revocación, por ejemplo, a través de una llamada telefónica. Obviamente, esta posibilidad de verificación no es predicable exclusivamente de las órdenes de revocación de aquellos clientes que frecuentemente emiten sus órdenes telefónicamente y, por tanto, su voz resulta familiar. En efecto, incluso en el caso de clientes menos conocidos, existe la posibilidad de llevar a cabo un control, bien por medio de una serie de preguntas, bien comprobando el estado de la cuenta, o la identidad del autor de las últimas operaciones.

corresponsal—para dar cumplimiento al presunto deber de protección del ordenante, basado simplemente en una orden de autorización incierta<sup>(94)</sup>.

No obstante, esa exclusión de la revocación directa del ordenante no impide reconocer ese mismo derecho al banco del ordenante. Sin duda, no existe ningún obstáculo para que el banco del ordenante dirija directamente la orden revocatoria al banco del beneficiario, cuando ambas entidades mantienen entre sí una relación contractual. Esa legitimación decae cuando entre ambos se interpone una entidad intermediaria. No obstante, esas dificultades dogmáticas se han tratado de superar a través de la formalización de acuerdos interbancarios en los que se autoriza al banco del ordenante para dirigir directamente la orden revocatoria al banco del beneficiario<sup>(95)</sup>. Éste es el aspecto contemplado por la UG. Por consiguiente, el § 676d (2) BGB refrenda tales acuerdos interbancarios y extiende ese mismo criterio para cualquier otra hipótesis que haya podido quedar al margen.

Por lo demás, debe subrayarse que la UG se limita a regular la problemática planteada por la rescisión de los contratos de transferencias bancarias externas: aquellos contratos en los que el ordenante y el beneficiario de la transferencia bancaria mantienen sus cuentas corrientes en entidades de crédito distintas. No establece, por tanto, criterios claros para la rescisión de los contratos de transferencias internas, esto es, cuando la voluntad rescisoria del ordenante afecta a una transferencia que debe tener lugar entre dos cuentas mantenidas en la misma entidad de crédito<sup>(96)</sup>.

---

(94) HÄUSER, F., “Der Widerruf...”, cit., p. 3124; SCHWOLOW, U., *Internationale Entwicklungslinien...*, cit. p. 171.

(95) SCHRÖTER, J, ob. ult. cit., p. 140; y HÄUSER, F., “Der Widerruf...”, cit., p. 3125. En concreto, disposiciones de esas características han sido previstas en Alemania en los siguientes acuerdos interbancarios: “Abschn. II Nr. 4a der Richtlinien für den beleglosen Datenträgeraustausch (Magnetband—Clearingverfahren)” —el texto de este convenio se puede encontrar en CANARIS, C. W., *Banksvertragsrecht*, cit., p. 355, núm 527—; y en “Vereinbarung zum Überweisungsverkehr”, de 2 de enero de 1991, pactado entre “die Spitzenverbände der Kreditwirtschaft, die Deutsche Bundesbank und die Postbank”. En este último se establece: “Ein Überweisungsauftrag kann —unabhängig davon, ob er vom Kundem beleghaft oder beleglos erteilt wird sowie unabhängig davon, ob er von dem erstbeauftragten oder einem nachgeschalteten Kreditinstitut beleghaft oder beleglos weitergeleitet wurde — von dem erstbeauftragten Institut unmittelbar gegenüber dem Kreditinstitut des Überweisungsempfängers zurückgerufen werden”.

(96) En nuestra doctrina existen posiciones contrapuestas al respecto. Algunos autores se han mostrado partidarios de descartar cualquier posible revocación desde el momento en que el banco haya realizado el asiento de cargo en la cuenta del ordenante. PERALES VISCA-SILLAS, M.<sup>a</sup> del P., “CHIPS, FEDWIRE, TARGET & CO.: los sistemas interbancarios de

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Observaciones sobre la transferencia bancaria”, *CDC*, n.º 17, 1995, p. 31 y ss.

ALVARADO HERRERA, L., *La transferencia bancaria*, Consejo Económico y Social, n.º 81, Madrid, 1999.

AURIOLES MARTÍN, A., “La Directiva comunitaria sobre transferencias bancarias transfronterizas”, *DN*, n.º 85, 1997, p. 11 y ss.

BANCO DE ESPAÑA, *Memoria del SRBE correspondiente al año 1992*, Madrid, 1993.

— *Memoria del SRBE correspondiente al año 1993*, Madrid, 1994.

— *Memoria del SRBE correspondiente al año 1994*, Madrid, 1995.

— *Memoria del SRBE correspondiente al año 1995*, Madrid, 1996.

— *Memoria del SRBE correspondiente al año 1997*, Madrid, 1998.

— *Memoria del SRBE correspondiente al año 1998*, Madrid, 1999.

BEUC, *Survey of charges for cross border payments and changing cash from one Euro zone currency to another*, 1999.

BÜLOW, P. “Scheckrechtliche Anweisung und Überweisungsvertrag”, *WM*, n.º 2, 2000, p. 58 y ss.

BYDLINSKI, P., “Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines Überweisungsgesetzes Pflichten-Bankhaftung-Grenzen vertraglicher Abweichung”, *WM*, n.º 21, 1999, p. 1046 y ss.

CANARIS, C. W., *Banksvertragsrecht*, 1, 3.<sup>a</sup> ed., Berlín-N. York, 1988.

---

transferencias de fondos y el control de sus riesgos sistémicos”, *RDBB*, n.º 70, 1998, p. 420, nota 164, describe las distintas construcciones doctrinales manifestadas en torno a la posible revocación de la orden de transferencia. No obstante, nuestra doctrina se ha mostrado partidaria en los últimos años de entender que el ordenante se encuentra legitimado para revocar la orden de transferencia hasta el momento en que el banco efectúe el asiento de abono en la cuenta del beneficiario, v. SEQUEIRA MARTÍN, A., “La transferencia bancaria...”, cit., p. 516; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Observaciones sobre la transferencia...”, cit., p. 40; y VÁZQUEZ PENA, M. J., *La transferencia bancaria...*, cit., p. 225.

DIESTELMEYER, L., *Die Stellung des zwischengeschalteten Kreditinstituts im bargeldlosen Zahlungsverkehr. Am Beispiel von Giroüberweisung, Lastschrift- und Scheckinkasso, Akkreditivgeschäft und Dokumenteninkasso*, Bochumer juristische Studien Band 95, Universitätsverlag Dr. N. Brookmeyer, Bochum, 1992.

EHMANN, H./HADDING, W., “EG-Überweisungs-Richtlinie und Umsetzung. Regierungsentwurf und Gegenentwurf”, *WM*, Sonderbeil. Nr. 3 zu n.º 25, 1999, p. 3 y ss.

EINSELE, D., “Das neue Recht der Banküberweisung”, *JZ*, n.º 1, 2000, p. 9 y ss.

— “Haftung der Kreditinstitute bei nationalen und grenzüberschreitenden Banküberweisungen”, *AcP*, n.º 199, 1999, p. 145 y ss.

EUROPEAN CENTRAL BANK, *TARGET: the Trans-European Automated Real-Time Gross settlement Express Transfer system*, julio de 1998.

VON GABLENZ, C-H. Frhr., *Die Haftung der Banken bei Einschaltung Dritter*, Munich, 1983.

GARRIDO, J. M.<sup>a</sup>, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, ed. Civitas, Madrid, 1995.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1975.

GENNER, J., *Das Uncitral-Modellgesetz über den internationalen Überweisungsverkehr*, Duncker & Humblot, Berlín, 1995.

GIRÓN TENA, J., “Contribución al estudio de la transferencia bancaria”, en *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 401 y ss.

GÖSSMANN, W., *Recht des Zahlungsverkehrs*, Erich Schmidt Verlag, 2.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1993.

GÖßMANN, W./VAN LOOK, F., “Die Banküberweisung nach dem Überweisungsgesetz”, *WM*, Sonderbeilage n.º 1, 2000, p. 3 y ss.

HADDING W., “Zum grenzüberschreitenden Überweisungsverkehr nach deutschem Recht”, en HADDING, W./SCHNEIDER, U. H., *Rechtsprobleme der Auslandüberweisung*, Duncker & Humblot, 1993, p. 13 y ss.

HADDING, W., “Die EG-Richtlinie über grenzüberschreitende Überweisungen”, en HORN, N./SCHIMANSKY, H., *Bankrecht* 1998, RWS-Forum 12, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Colonia, 1998, p. 125 y ss.

HADDING, W./HÄUSER, F., “Gutschrift und Widerruf des Überweisungsauftrags im Giroverhältnis”, *WM*, n.º 31, 1988, p. 1154.

HADDING, W./HÄUSER, F., “Rechtsfragen des Giroverhältnisses”, *ZHR*, n.º 145, 1981, p. 138 y ss.

HAMANN, U., “Gebührenfragen im grenzüberschreitenden Überweisungsverkehr”, *ZBB*, n.º 4, 1993, p. 247 y ss.

HÄUSER, F., “Der Widerruf des ‘Überweisungsauftrags’ im Giroverhältnis”, *NJW*, 1994, p. 3121 y ss.

— “Zur Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Überweisungen (97/5/EG) in deutsches Recht”, *WM*, n.º 21, 1999, p. 1037 y ss.

HÖLSCHIEDT, N. H., *Die Haftung der Banken im Zahlungsverkehr. Unter besonderer Berücksichtigung girovertraglicher Haftungsfragen*, Verlag Josef Eul, Bergisch Gladbach, Colonia, 1991.

HUBER, U., “Grenzüberschreitender Zahlungsverkehr und Valutaverhältnis (underlying obligation)”, en HADDING, W./SCHNEIDER, U. H., *Rechtsprobleme der Auslandüberweisung*, Duncker & Humblot, 1993, p. 33 y ss.

HÜFFER, U., “Haftungsfragen im Bankrecht”, *WM*, n.º 22, 1997, p. 641 y ss.

JAKOBS, H. H., “Gesetzgebung im Banküberweisungsrecht”, *JZ*, n.º 13, 2000, p. 641 y ss.

JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Civitas, 1987.

KINDERMANN, E., “Überweisungsverkehr”, *Bankrecht und Bankpraxis (BuB)*, (antes *Bankgeschäftliches Formularbuch*), Loseblattwerk, Sechster Teil: Zahlungsverkehr, agosto de 1983, Rn. 6/7 y ss.

KLAMT, A./KOCH, C., “Das neue Überweisungsrecht. —Regierungsentwurf eines Überweisungsgesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 97/5/EG vom

27.1.1997 über grenzüberschreitende Überweisungen—”, *DB*, n.º 18, 1999, p. 943 y ss.

KOLLER, I./FAUST, F., “Die Haftung der Erstbank für Verschulden der Zwischenbank bei der Giroüberweisung”, *ZBB*, n.º 2, 1989, p. 63 y ss.

KÖNDGEN, J., “Bankhaftung — Strukturen und Tendenzen — Generalbericht”, en KÖNDGEN, J., (Hrsg.), *Neue Entwicklungen im Bankhaftungsrecht*, Colonia, 1987, p. 133 y ss.

— “Das neue Recht der Banküberweisung... und die heimliche Aushöhung des AGB-Gesetzes”, *ZBB*, n.º 2, 1999, p. 103 y ss.

KÜMPEL, S., “Die begrenzte Haftung der Bank bei weitergeleiteten Kundenaufträgen”, *WM*, 1996, p. 1893 y ss.

— “Zur Bankenhaftung nach dem neuen Überweisungsrecht”, *WM*, n.º 16, 2000, p. 797 y ss.

LOJENDIO OSBORNE, I., “La ley modelo de UNCITRAL sobre transferencias internacionales de crédito”, *RDM*, n.º 207, 1993, p. 95 y ss.

LÓPEZ PEDRUELO, J., “Cámara de Compensación Bancaria de Madrid: el servicio español de pagos interbancarios”, *Boletín Económico*, Banco de España, noviembre de 1997, p. 31 y ss.

MÖSCHEL, W. “Dogmatisch Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs”, *AcP*, n.º 186, 1986, p. 187 y ss.

NOVAL PATO, J., “Directiva sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pago y de liquidación de valores”, *RDBB*, n.º 71, 1998, p. 923 y ss.

PERALES VISCASILLAS, M.<sup>a</sup> del P., “CHIPS, FEDWIRE, TARGET & CO.: los sistemas interbancarios de transferencias de fondos y el control de sus riesgos sistémicos”, *RDBB*, n.º 70, 1998, p. 365 y ss.

— “Transferencias bancarias: Directiva 97/5/CE, Ley Modelo de UNCITRAL, y Artículo 4A UCC”, *DN*, n.º 88, 1998, p. 1 y ss.

RISSE, J./LINDNER, N., “Haftung der Banken nach dem neuen Überweisungsrecht”, *BB*, n.º 43, 1999, p. 2201 y ss.

ROSAS CERVANTES, A., *El Sistema Nacional de Compensación Electrónica*, Servicio de Estudios Económicos, n.º 44, Banco de España, 2.<sup>a</sup> ed. actualizada, 1995.

SANTINI, G., *Il bancogiro*, Bologna, 1948.

SCHIMANSKY, H./ BUNTE, H. F./LWOWSKI, H. J., *Bankrechts-Handbuch*, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1997.

SCHLEGELBERGER, F., *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band IV, §343-377, 5.<sup>a</sup> ed., Munich, 1976.

SCHMIDT-RÄNTSCH, J., “Zur Umsetzung der Überweisungsrichtlinie”, en HORN, N./SCHIMANSKY, H., *Bankrecht 1998*, RWS-Forum 12, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Colonia, 1998, p. 139 y ss.

— “Entwurf eines Überweisungsgesetzes”, *ZIP*, n.º 16, 1999, p. 676 y ss.

SCHNEIDER, U. H., “Pflichten und Haftung der erstbeauftragten Kreditinstitute bei grenzüberschreitenden Überweisungen — Auf dem Weg zu einem Sonderrecht für Kettenverträge”, *WM*, n.º 44, 1999, p. 2189 y ss.

SCHÖN, W., “Prinzipien des bargeldlosen Zahlungsverkehrs”, *AcP*, n.º 198, 1998, p. 401 y ss.

SCHRÖTER J., “Bankenhaftung im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr”, *ZHR*, n.º 151, 1987, p. 123 y ss.

SCHÜRMANN, T., *Haftung im mehrgliedrigen bargeldlosen Zahlungsverkehr*, Duncker & Humblot, Berlín, 1994.

SCHULZ, C., “Das neue Recht der Banküberweisung”, *ZBB*, n.º 5, 1999, p. 287 y ss.

SCHWOLOW, U., *Internationale Entwicklungslinien im Recht der Auslandsüberweisung*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1999.

SEQUEIRA MARTÍN, A., “La transferencia bancaria de crédito”, en GARCÍA VILLAYERDE, R. (dir.), *Contratos bancarios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 491 y ss.

STAUDER, B., “Kritische Analyse der Richtlinie vom 27. Januar 1997 über grenzüberschreitende Überweisungen”, en KRÄMER, L./MICKLITZ, H. W./TONNER, K., (eds./Hrsg.), *Law and diffuse Interests in the European Legal Order. Liber amicorum Norbert Reich*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, p. 585 y ss.

VÁZQUEZ PENA, M. J., *La transferencia bancaria de crédito*, Marcial Pons, 1998.

— “Directiva europea relativa a las transferencias transfronterizas”, *RDBB*, n.º 65, 1997, p. 359 y ss.

WACKERBARTH, U., “Die Haftung für zwischengeschaltete Banken in mehrgliedrigen Überweisungsverkehr”, *ZIP*, n.º 28, 2000, p. 1.187 y ss.

VON WESTPHALEN, F. G., “Verspätete Überweisungen — Einige Bemerkungen zur neuen Rechtslage”, *BB*, n.º 4, 2000, p. 157 y ss.

WIMMER-LEONHARDT, S., *Die Haftung gegenüber den Bankkunden im Mehrgliedrigen Zahlungsverkehr. Die Rechtslage in Deutschland mit rechtsvergleichenden und europarechtlichen Bezügen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996.

# **CUESTIONES FUNDAMENTALES EN MATERIA DE CRÉDITOS DOCUMENTARIOS**

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Complutense de Madrid*

---

## **SUMARIO**

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LAS REGLAS Y USOS UNIFORMES RELATIVOS A LOS CRÉDITOS DOCUMENTARIOS: ANTECEDENTES, EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS REGLAS Y USOS UNIFORMES Y EFICACIA RELATIVA DE LAS REGULACIONES LEGALES DEL CRÉDITO DOCUMENTARIO.
- III. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS REGLAS Y USOS UNIFORMES RELATIVOS A LOS CRÉDITOS DOCUMENTARIOS Y LA DETERMINACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO APLICABLE.
- IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL CRÉDITO DOCUMENTARIO.
  - 1. **La tesis de la delegación acumulativa de deuda.**
  - 2. **Análisis crítico de las demás teorías sobre la naturaleza jurídica del crédito documentario.**
- V. LA INDEPENDENCIA, AUTONOMÍA O “ABSTRACCIÓN” DEL CRÉDITO DOCUMENTARIO.
  - 1. **El problema de la “causa” en el crédito documentario.**
  - 2. **Excepciones oponibles por el Banco Emisor.**
  - 3. **En particular excepciones derivadas de las relaciones de cobertura y de valuta.**

VI. LA BUENA FE. LÍMITE A LA INDEPENDENCIA DEL CRÉDITO DOCUMENTARIO: LA *EXCEPTIO DOLI*. LA CUESTIÓN DEL FRAUDE (*FRAUS OMNIA CORRUMPIT*) Y LA FALSIFICACIÓN EN LOS DOCUMENTOS.

1. En particular el fraude en el contrato o negocio subyacente.
2. El negocio subyacente aparente. La estafa.

VII. LA CUESTIÓN DE LA SIMULACIÓN, LA ILICITUD Y EL ABUSO DE DERECHO EN EL CRÉDITO DOCUMENTARIO.

---

I. INTRODUCCIÓN

El crédito documentario constituye una institución jurídica de gran utilidad y presencia en el tráfico mercantil, especialmente internacional. Las razones de ello se reconducen tradicionalmente a las tres funciones básicas que suelen atribuírsele, servir de medio de pago (solutoria), de aseguramiento, refuerzo y garantía del pago o cumplimiento (aseguradora), y de procurar crédito o financiación (financiadora), esta última tachada, con razón, de eventual.

La peculiaridad de su regulación, instituida al margen de los sistemas heterónomos de creación del Derecho, se ha mostrado, por su origen, flexibilidad y permanente adecuación al tráfico, como un sistema jurídico adecuado a los tiempos de universalización, fundamentalmente económica, actuales, justificando el recurso habitual de los operadores económicos al crédito documentario.

El propósito de este trabajo es intentar dar una explicación de aquellas excelencias que se predicán del crédito documentario, que, nos parece, se sitúan en la raíz jurídica misma de la institución, en donde están inextricablemente unidos régimen jurídico y naturaleza jurídica, no siendo casual que ésta esté ligada a la creación de tal instrumento jurídico por los operadores económicos.

Acorde con lo expuesto<sup>(1)</sup>, nada mejor que acudir para efectuar una descripción inicial de la operación bancaria a la que nos referimos que acudir a un argumento de autoridad (justificando la conocida afirmación de que “derecho

---

(1) Dado el escaso desarrollo racional (científico) del Derecho que no requiere, ni admite, “demostraciones” (irrefutabilidad).

es lo que un juez dice que es derecho”<sup>(2)</sup>). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que en sus sentencias de 5 de mayo de 1998<sup>(3)</sup>, nos dice “como se sabe, el crédito documentario constituye un medio de pago tradicionalmente utilizado en los contratos de compraventa internacionales, ya que su estructura permite reducir los riesgos que normalmente llevan aparejadas este tipo de operaciones comerciales. El esquema del crédito documentario, en su forma más simple, se centra en la petición que el denominado ordenante (típicamente, el adquirente de determinados bienes o servicios) dirige a su banco de confianza (denominado emisor), para que: i) abra un crédito documentario a favor del beneficiario (es decir, el vendedor o prestatario) y ii) proceda al pago de la contraprestación contra la entrega al propio banco emisor, dentro del plazo establecido al efecto, por parte del beneficiario (o de su banco, en calidad de agente) de los documentos representativos indicados por el ordenante en la carta de crédito”<sup>(4)</sup>.

---

(2) Como indica NIETO GARCÍA, Alejandro, “Las limitaciones del conocimiento jurídico”, Madrid, 2001, en pp. 64 y 54. “Los juristas pueden recibir sin escrúpulos conceptos y proposiciones cuando vienen arropados con el manto de una autoridad objetiva entendiendo por tal la que ha sido ya aceptada por la comunidad jurídica (un hecho aparentemente objetivo) o **está avalada institucionalmente por el poder del Estado** (un hecho incuestionablemente objetivo) **como puede ser la sentencia de un tribunal regular**”, lo cual “es muy cómodo, porque exime de comprender y aun de discurrir”. Sobre el conocimiento “ab auctoritate” me remito a FIGA FAURA, L., “Lógica, Tópica y Razonamiento Jurídico”, Madrid, 1993, especialmente a págs. 37, 38, 71, 84, 102, 103, 119, 145, 153, 161-167 y 192.

(3) Conclusiones miembro del Tribunal y Abogado General Sr. La Pergola, Asuntos C-386/1996 P, C-391/1996 P, C-403/1996 P y C-404/1996 P.

(4) Continuando, “en caso de conformidad de los documentos aceptados por el banco emisor con las condiciones del crédito, el ordenante se obliga a rembolsar al banco, además de la cantidad que éste haya adelantado al beneficiario, las comisiones y los intereses que en su caso se hayan devengado. Obsérvese que el compromiso adquirido por el banco emisor con el beneficiario es independiente del contrato de compraventa entre este último y el ordenante; por tanto (salvo en el caso del crédito revocable...), el banco está obligado al pago de la cantidad indicada por el ordenante desde el momento en que comprueba la conformidad de los documentos entregados con las condiciones del crédito y su presentación regular dentro del plazo establecido al efecto, sin que pueda proponerse ninguna excepción relativa a la relación subyacente”. Añade el ilustre miembro del Tribunal comunitario: “en la forma más común de crédito documentario el banco emisor ordena a otro banco (normalmente, el banco corresponsal del emisor en el país del beneficiario) que ‘avise el crédito’: en este caso, el banco del beneficiario, como agente del emisor, paga aquel precio a la presentación de documentos. Sin embargo, el banco encargado de avisar el crédito no asume ninguna obligación frente al beneficiario. Con todo, si el proveedor desea minimizar los riesgos de incumplimiento de la promesa del adquirente puede exigir que el crédito documentario abierto por el ordenante sea ‘confirmado’ por un banco de su país. El denominado banco ‘confirmador’ se compromete entonces autónomamente con el beneficiario, añadiendo su propia obligación a la que recae sobre el emisor, a efectuar el pago solicitado por el adquirente con el único requisito de que los documentos

## II. LAS REGLAS Y USOS UNIFORMES RELATIVOS A LOS CRÉDITOS DOCUMENTARIOS: ANTECEDENTES, EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS REGLAS Y USOS UNIFORMES Y EFICACIA RELATIVA DE LAS REGULACIONES LEGALES DEL CRÉDITO DOCUMENTARIO

Se sitúa entre los comerciantes fenicios<sup>(5)</sup> la utilización de instrumentos a considerar precedentes de los créditos documentarios, no obstante las graves dificultades para pretender tal conexión. Con más credibilidad se alude a determinadas instituciones que se desarrollaron en el tráfico económico que se desarrolló en la antigua Roma. Es el caso del *receptum argentarii*<sup>(6)</sup>, compromiso que asumían los *argentarius*, que ejercitaban actividades calificables, con los parámetros actuales, de gestión del crédito, de pagar una deuda de otra persona, ordinariamente su cliente. El acreedor podía exigir inmediatamente al *argentarius* el cumplimiento de su compromiso, sin necesidad de tener que acreditar la existencia de la deuda, mediante la *actio recepticia*, manifestación de lo que, valga la expresión, hoy podríamos denominar abstracción causal<sup>(7)</sup>.

Tratar del crédito documentario hace que sea referencia obligada al desarrollo del comercio en Inglaterra, donde ya en el medioevo, al objeto de limitar los numerosos riesgos que implicaba el viajar con dinero amonedado, aristócratas y clero se sirven en sus desplazamientos de “letters of credit”, documentos que utilizan como instrumentos de crédito, al garantizar su emisor, un prestamista o banquero, el reintegro de la cantidad dispuesta<sup>(8)</sup>.

---

presentados sean conformes con los indicados en la carta de crédito. Por último, mientras que el crédito documentario irrevocable —es decir, aquel en el que el emisor queda directamente obligado a efectuar el pago solicitado con el único requisito de la conformidad entre los documentos entregados por el beneficiario y los indicados en el documento de crédito— está enormemente difundido en la práctica comercial, se habla de crédito documentario revocable cuando el emisor no contrae ninguna obligación con el beneficiario, manteniendo en todo caso su libertad para denegar el pago (por ejemplo, porque considere que la situación financiera del ordenante haya empeorado con posterioridad a la apertura del crédito). Sin embargo por razones obvias esta última figura apenas se utiliza en la práctica comercial”.

(5) TRIMBLE, R.J., “The Law merchant and the letter of credit”, HLR 1948, núm. 61, pp. 981-985.

(6) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Madrid, 1995, considera, en p. 18, al *receptum argentarii* antecedente de los créditos documentarios confirmados.

(7) Por el contrario de lo que sucedía con la *constitutum debiti alieni*, cuyo carácter causal se manifestaba en la *actio de pecunia constituta*.

(8) Vid. ELLINGER, E., “Documentary Letters of Credit”, Singapur, 1970/Davis, A., *The Law relating to Commercial Letters of Credit*, Londres, 1963.

En el capítulo XIV de las Ordenanzas de Bilbao de 1737, aparece recogida la carta orden de crédito, cuyas concomitancias con las “letters of credit” son significativas, contribuyendo a la seguridad de los viajes y a la ampliación de las transacciones. Su regulación pasará a ser recogida en los artículos 572 a 579 del C. de c. de 1829 y posteriormente a los artículos 567 a 572 del C. de c. vigente.

Volviendo al desarrollo del comercio en Inglaterra es de indicarse que hasta finales del siglo XVIII o mediados del XIX, no se generaliza el uso de las letters of credit en el tráfico comercial, que pasan a denominarse “buyer’s letters of credit”, compromisos de aceptar letras o efectuar pagos al vendedor con la finalidad de respaldar a un nuevo operador. Cuando quien emite la carta de crédito es un comerciante dudosamente se puede considerar siquiera un precedente del crédito documentario<sup>(9)</sup>, pero cuando quien lo hace es un “merchant banker” ya asoma su condición de singular antecedente del crédito documentario.

Las “traveler’s letter of credit” y “circular notes” se generalizan en el tráfico mercantil inglés en la segunda mitad del siglo XIX, contribuyendo al desarrollo del comercio y a la seguridad de los desplazamientos. Se ha indicado que la “commercial letter’s of credit” es una adaptación de la anterior a las específicas necesidades derivadas de la compraventa de mercancías<sup>(10)</sup>.

Entonces aparece como elemento relevante la necesidad de que los efectos comerciales girados y los pagos solicitados se acompañen de documentos representativos de la realización de la operación comercial<sup>(11)</sup>, circunstancia que va a caracterizar, a partir de entonces, al crédito documentario constituyendo un elemento necesario en cualquier definición descriptiva de la institución que quiera realizarse. Por ello la “documentary letter of credit”, cuyo carácter de compromiso en firme bancario empieza a manifestarse<sup>(12)</sup> bajo la forma de “confirmed”, se oponen a las “clean letters of credit”.

---

(9) Como indica CAPRIOLI, E.A., “Le crédit documentaire: evolution et perspectives”, París, 1992, pp. 111-112, en ese caso el comprador se comprometía mediante carta dirigida a su corresponsal, y entregada, en su caso, al vendedor, a atender, en otra plaza, pagos en dinero, o a satisfacer giros. En Alemania se hace referencia al barakkreditiv NIELSEN, en *Bankrechts-Handbuch* (Sachimasnsky, Bunte, Lwowski), vol. III, Munich, 1997, pp. 3416-3417.

(10) FINKELSTEIN, H., *Legal aspects of the Commercial of Credit*, Columbia, 1930, p. 12. PENNINGTON, R., HUDSON A., MANN J.E., *Commercial Banking Law*, Londres, 1978, pp. 11-12.

(11) HART, H., *Law of Banking*, vol. II, Londres, 1931, pp. 649-650/LANGA IZAGUIRRE, R. *El crédito documentario sobre su naturaleza jurídica*, Madrid, 1960, pp. 8 y ss.

(12) Sobre la confusión inicial en torno a la “letter of credit” es suficiente la sentencia del caso *American Steel Co. v. Irving National Bank* (1920).

La influencia de Inglaterra en el nacimiento de los Estados Unidos del Norte de América determina que prontamente se exporten al mismo, y desde ahí al resto del continente americano, las distintas modalidades de “letters of credit” cuyo uso, no obstante determinadas reticencias y obstáculos legales iniciales, se generaliza, favorecido por la primera gran confrontación del capitalismo moderno, la Primera Guerra Mundial<sup>(13)</sup>, y la generalización de la compraventa bajo la forma CIF en el tráfico entre los comerciantes americanos y europeos.

Las circunstancias económicas inmediatamente posteriores, señaladamente la crisis económica de los años 20, van a tener una influencia determinante en la evolución del crédito documentario y en su uniformización.

Los conflictos internacionales (señaladamente las dos guerras mundiales) influyeron en un doble sentido en el desarrollo del crédito documentario, por una parte van a propiciar su definitiva implantación en el tráfico comercial (especialmente en el europeo), y de otra se va a exigir que su régimen se uniformice frente a la diferentes prácticas que se venían observando en los distintos países.

Efectivamente el crédito documentario tuvo un tardío desarrollo en Europa, apareciendo limitado, en un principio, al tráfico marítimo de mercancías, y solamente se generaliza a partir de los grandes conflictos bélicos; con anterioridad su proposición se toma más bien como un signo de desconfianza en el comprador<sup>(14)</sup>.

De gran importancia es el movimiento unificador al que se ven sometidas las diferentes prácticas nacionales, no siempre coincidentes, y cuyas notas comunes se centran en pretender determinar con precisión las obligaciones de los bancos, así como atender a limitar responsabilidades, todo ello sin perjuicio de una característica supletoriedad respecto de los pactos entre las partes<sup>(15)</sup>.

---

(13) KOZOLCHYK, B., *El crédito documentario en el Derecho americano*, Madrid, 1973 (trad. L. Rupilanchas), pp. 45 y ss.

(14) CAPELLE, K., *Das Akkreditiv*, Berlín, 1925, nota introductoria.

(15) La conferencia de banqueros de Nueva York adopta en 1920 una regulación uniforme (“Regulations Affecting Export Commercial Credits”). Lo mismo hace la asociación de banqueros de Berlín en 1923, de Noruega en 1924, la Unión sindical de banqueros de París y su región en 1925, la Asociación Bancaria italiana en 1925, la de Suecia en 1925, la de Checoslovaquia en 1925 y la Asociación de banqueros holandesa, Amsterdam, Rotterdam y La Haya, en 1930.

El primer texto de las RRUU aparece en 1933, tras un complejo proceso de elaboración<sup>(16)</sup>. A esa primera regulación no se adhiere la banca inglesa y de su área de influencia, ni la norteamericana, lo cual supone una grave limitación, siendo sin embargo adoptada con generalidad por la banca europea.

En 1951, con ocasión del congreso de Lisboa, la CCI aprueba la primera revisión de las Reglas de 1933, con el propósito de integrar a la banca norteamericana, por lo que se hacen presentes modalidades típicas utilizadas única o fundamentalmente por los bancos anglosajones.

Posteriormente en 1962, congreso de México, se produce la siguiente revisión, con el propósito de conseguir la adhesión de la banca inglesa y de la Commonwealth, lo que a la postre se logra, alcanzando así una aplicación universal. Esta revisión marca un antes y un después en las RRUU<sup>(17)</sup>.

En el año de 1974 se vuelven a revisar las RRUU, con la finalidad de adaptarlas a los avances en el transporte, señaladamente combinado, así como (por influencia de la banca inglesa) para eliminar los ámbitos de indeterminación sobre las obligaciones de los bancos<sup>(18)</sup>.

En 1983<sup>(19)</sup> se vuelven a revisar las RRUU, en una tendencia revisora decenal<sup>(20)</sup>, para atender principalmente a “la continuada revolución en las tecnologías del transporte” y a la “revolución en las comunicaciones”, constituyendo empero su novedad más significativa la extensión de su regulación a las cartas de crédito “standby”<sup>(21)</sup>.

Obedeciendo a la cadencia de revisión señalada, en noviembre de 1989 la Comisión de Técnicas y Prácticas Bancarias de la Cámara Internacional de Comercio autorizó la revisión de las RRUU, (de 1983) dando lugar al texto aprobado en mayo de 1993, que constituye el texto vigente, pues “era necesaria teniendo en cuenta los nuevos avances que se habían producido en la industria

---

(16) Con ocasión de la reunión del 5 de marzo de 1926 del Consejo de la Cámara de Comercio Internacional se produce la primera propuesta referente a la conveniencia de proceder a la unificación de las reglas sobre los créditos documentarios elaboradas por las diferentes asociaciones bancarias.

(17) Prefacio de WHEBLE, B.S. al Documento CCI núm. 400, p. 9.

(18) Prefacio de WHEBLE, B.S. al Documento CCI núm. 400, p. 9.

(19) Me remito a mi comentario sistemático a dicha revisión en RDBB núm. 9, enero-marzo 1983, pp. 44-113.

(20) Prefacio de WHEBLE, B.S. al Documento CCI núm. 400, pp. 9-10.

(21) Prólogo de la Publicación ICC núm. 500, p. 4.

del transporte y las nuevas aplicaciones tecnológicas. También se pretendía con ello mejorar el funcionamiento de las RRUU”<sup>(22)</sup>, sin por ello dejar de atender otras justas preocupaciones<sup>(23)</sup> y lograr otros objetivos, confesados<sup>(24)</sup>, que se marcó el grupo de trabajo que elaboró el texto.

Las RRUU venían aplicándose a una gran diversidad de cartas de crédito “standby”<sup>(25)</sup>, no obstante acontecimientos recientes han determinado la conveniencia de aprobar reglas específicas para tan singulares cartas de crédito, siendo sustituidas las RRUU por la “Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes”<sup>(26)</sup> y las “International Standby Practices-ISP98”. Publicación ICC núm. 590<sup>(27)</sup>.

---

(22) Prólogo de la Publicación ICC núm. 500, p. 4.

(23) Motivos también de honda preocupación eran: 1) la cantidad de irregularidades documentarias, al extremo de que “casi el cincuenta por ciento de los documentos que se presentan al amparo de un crédito documentario son rechazados a causa de discrepancias, bien sean reales o aparentes”, lo cual implicaba: a) un aumento de los costes; b) una reducción de los márgenes de beneficios de importadores, exportadores y bancos; 2) el aumento considerable del número de litigios en relación con los créditos documentarios (Prólogo de la Publicación ICC núm. 500, p. 4).

(24) Acorde con aquellas preocupaciones los objetivos confesados, que se marcó el grupo de trabajo que elaboró el texto, finalmente aprobado, fueron los siguientes: 1) simplificar las RRUU 400; 2) incorporar las prácticas bancarias internacionales, y también facilitar y normalizar prácticas en fase de desarrollo; 3) mejorar la integridad y fiabilidad de la figura del crédito documentario a través de la presunción de irrevocabilidad y la clarificación de la responsabilidad primaria, no sólo del banco emisor sino del banco confirmante; 4) tratar los problemas de las condiciones no-documentarias; 5) ofrecer una relación detallada de los elementos de aceptabilidad para cada categoría de documentos de transporte. (Prólogo de la Publicación ICC núm. 500, p. 4). El texto definitivo dio cumplida satisfacción a los objetivos propuestos, así en los artículos 6.c), 9.a) y b), 12, 13.a) párrafo segundo y c), 14.c), etc.

(25) Así: a) la “performance” standby; b) “advance payment” standby; c) “bind bond/tender bond” standby; d) “counter” standby; e) “financial” standby; f) “direct pay” standby; g) “insurence” standby; h) “commercial” standby, etc.

(26) La Asamblea General de las Naciones Unidas en su 87.<sup>a</sup> sesión plenaria, celebrada el 11 de diciembre de 1995, aprobó la “Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes”, texto preparado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

(27) La inadecuación de las RRUU para las cartas de crédito “standby” se suscitó desde un primer momento, pues aquellas se aplicarían sólo “en la medida de lo posible”. Por ello y teniendo en cuenta la Convención de las Naciones Unidas, la Comisión de Técnica y Prácticas Bancarias de la CCI en su reunión de 6 de abril de 1998, aprobó las “International Standby Practices-ISP98”. Publicación ICC núm. 590, en vigor desde el 1 de enero de 1999.

Las regulaciones jurídico-positivas del crédito documentario son escasas, y además han dejado generalmente de aplicarse<sup>(28)</sup> pero conviene traerlas a colación precisamente por esta última circunstancia, por su falta de aplicación en la práctica comercial frente a la aplicación de las RRUU, incluso en los créditos documentarios internos o domésticos que se emiten en aquellos países en los que está vigente una regulación jurídico-positiva. Siendo ejemplar al respecto la práctica comercial norteamericana.

Efectivamente, en 1946 se publicó el Código de Derecho Uniforme (Uniform Commercial Code, en adelante UCC)<sup>(29)</sup>, en cuyo artículo 5, dividido en secciones, se reguló la carta de crédito<sup>(30)</sup>, planteándose la problemática referente a la coexistencia de una doble regulación, lo que generaba numerosos problemas en la práctica comercial, al extremo que se propuso, en 1961, por la New York Clearing House Association, la eliminación del artículo 5 UCC<sup>(31)</sup>. El problema ha desaparecido por la decisión de admitir la aplicación de las RRUU incluso al tráfico doméstico si las partes lo acuerdan, y de hecho prácticamente todos los créditos documentarios se rigen por las RRUU y no por el artículo 5 UCC.

En otros países las regulaciones son tan escasas que nada obstan a la aplicación de las RRUU, como sucede con el artículo 1530 del Código Civil italiano, único precepto que se dedica a regular la institución, y con los artículos 898 y 899 del C. de Co. Honduras. Más extensa es la regulación contenida en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito mejicana. Singular fue el caso de la Ley de Contratos Comerciales de la desaparecida República Democrática Alemana, que se limitaba a ser una transcripción literal de las RRUU.

---

(28) Tratándose de un excepcional supuesto de derogación por desuso.

(29) Bien que en las adaptaciones al mismo efectuadas en los estados de Alabama, Missouri y Arizona se estableciese su inaplicabilidad a las cartas de crédito cuando así se indicase. Me remito a mi trabajo “Reglas y Usos relativos a los créditos documentarios”, RDBB núm 9, enero-marzo 1983, pp. 45-47.

(30) En el Código Civil (Civil Code) de California de 1872 ya se regulaba una forma primitiva de “letter of credit”.

(31) En un informe de 10 de diciembre de 1961 en que concluía: “Finalmente la NYCHA sostiene que las ‘commercial credit transactions’ deberán estar reguladas bien por las reglas uniformes, bien por el artículo 5, pero no por ambos”.

### III. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS REGLAS Y USOS UNIFORMES RELATIVOS A LOS CRÉDITOS DOCUMENTARIOS Y LA DETERMINACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO APLICABLE

Son múltiples las teorías formuladas en torno a la naturaleza jurídica de las RRUU, en alguna medida conformes con la práctica observada en los sistemas, valga la expresión, continentales y anglosajones, pudiéndose reconducir a dos grandes grupos<sup>(32)</sup>: aquellas que entienden que su aplicación ha de venir de la mano de la voluntad explícita o implícita de las partes, de modo y manera que se requerirá el concurso de su voluntad para su aplicabilidad, sin el cual no se aplican, y aquellas otras que defienden la naturaleza normativa de las RRUU, esto es, su aplicabilidad con independencia de la voluntad de las partes<sup>(33)</sup>.

Las tesis correspondientes al primer grupo consideran que el concurso de la voluntad de las partes ha de requerirse en cada caso concreto, de tal manera que en la “cláusula de crédito documentario” o en el contrato específico, en su caso, se establezca que el crédito documentario se emitirá de acuerdo con, y se regirá por, RRUU. De este modo, se dice, las RRUU pasan a formar parte del contrato.

---

(32) Bien que como indica Ángel LATORRE *Introducción del Derecho*, Barcelona, 1996, p. 22, “...los usos proporcionan en bastantes ocasiones la materia prima sobre la que se forjan las normas jurídicas. La costumbre (...) tiene(n) como núcleo básico el uso (...) entre usos sociales y Derecho hay un permanente trasvase, más intenso en unas épocas que en otras, pero siempre considerable”.

(33) Indica SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, Madrid, 2000, p. 341, “el valor de estas recopilaciones es discutido. Parte de la doctrina tiende a considerar que se trata de simples reglas que determinan unas condiciones generales de la contratación de los créditos documentarios, que únicamente se incorporan al contrato si se adhiere expresamente el cliente del banco a ellas. Algunos autores estiman que las Reglas y Usos Uniformes tienen la naturaleza de verdaderos usos...”. Puede considerarse que plantea ese interrogante la reciente STS de 4 de abril de 2000 (La Ley 19-6-2000), cuando indica: **“Si en el ámbito de estas Reglas —periódicamente revisadas desde la redacción primera que les dio la Cámara de Comercio Internacional en Viena en el año 1933— se producen las consecuencias de respuesta según lo convenido, en nuestro ordenamiento jurídico la inclusión de aquellas en el contenido del contrato han de llevar a su eficacia partiendo de lo dispuesto en los arts. 1091 y 1255 CC y no menos desde sus arts. 1256 y 1258”**.

Estas tesis tienen un gran predicamento, más en la doctrina<sup>(34)</sup> que en la jurisprudencia<sup>(35)</sup>, que se mueve entre unas sentencias que recogen estas tesis y otras que entienden que se tratan de usos mercantiles. La influencia inglesa en el origen de la “letter of credit” ha sido determinante en esta posición y en la amplitud de la literatura jurídica que la comparte.

La incorporación al contrato necesariamente hace dudar de la independencia o abstracción del crédito documentario respecto de la operación subyacente, especialmente en un supuesto de fraude en aquella operación subyacente, pues en tal caso la independencia sería totalmente artificial.

Su calificación como condiciones generales de la contratación tiene un gran acogimiento<sup>(36)</sup>, no obstante la cuestión de que quién las impone<sup>(37)</sup>, no siempre clara, hace dudar de lo acertado de esta posición y ello aun cuando las condiciones generales de la banca (así en Alemania) aludan a las mismas. La exigencia de incorporación al contrato y especialmente las previsiones legales sobre cláusulas abusivas, bien que limitadas a cuando se trate de consumidores finales en nuestro sistema jurídico pero no así en los demás ordenamientos, determinarían la nulidad de algunas reglas, y probablemente de toda la cláusula o contrato de crédito documentario, e incluso del negocio subyacente.

---

(34) En nuestra doctrina, entre las aportaciones más recientes, se pueden citar a: FERNÁNDEZ ARMESTO, J., *Los créditos documentarios irrevocable*, La Coruña, 1984, págs 70-71; RECALDE, A., “El crédito documentario”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 1993-1994, pp. 139-141; HERNÁNDEZ MARTÍ, J., “Créditos documentarios: su cumplimiento y excepciones al mismo”, en *Estudios Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, p. 3298; CHULIÁ VICENT y BELTRÁN ALENDETE, T., *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, Barcelona, 1999, p. 598; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Valencia, 1999, p. 822. En la doctrina extranjera baste con citar a CANARIS, C. W., *Bankvertragsrecht*, Berlín-Nueva York, 1988; SCHMITTHOFF, C., *Schmitthoff's Export Trade*, 1980, p. 246. Me remito a lo expuesto y a la literatura citada en mis trabajos “Naturaleza jurídica e independencia o abstracción del crédito documentario. El deber del banco emisor de examinar los documentos”, RDBB núm. 35, julio-septiembre 1989, pp. 615 y ss. y “La modificación del crédito documentario y la responsabilidad del banco avisador”, RDBB núm. 60, octubre-diciembre 1995, pp. 1109-1110.

(35) En nuestra jurisprudencia se pueden citar las SSTs de 30 de marzo de 1976 (R.A. 1475), y 14 de marzo de 1989 (R.A. 2043) y 25 de noviembre de 1992 (R.A. 9376); con dudas las SSTs de 14 de abril de 1975 (R.A. 1517), 6 de abril de 1992 (R.A. 3036), 16 de mayo de 1996 (R.A. 3912) y 9 de octubre de 1997 (R.A. 7066).

(36) En contra ILLESCAS ORTIZ, R., “El derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática”, RDM, núm. 207, 1993, pp. 71-72.

(37) Así se alude a una predisposición plurilateral.

Dentro del segundo grupo pueden a su vez distinguirse dos grandes sub-grupos: el de aquellas tesis que defienden el carácter de norma de ordenamientos singulares de las RRUU y aquellas que aluden a la condición de aquellas de uso mercantil o costumbre nacional, o bien propia del tráfico mercantil internacional.

Entre las primeras se incluyen: a) quienes defiende que las RRUU son propias de un ordenamiento supranacional especial (“Ordnung eigener Art”), de carácter dispositivo, que se aplica a todos los participantes en el crédito documentario sin que haya de preverse explícitamente en el contrato (cláusula de crédito documentario)<sup>(38)</sup>; b) los que entienden que las RRUU forman parte de un “Diritto internazionale commerciale dei privati”, que, diferente de los Derechos internacionales, público y privado, constituye un ordenamiento autónomo de carácter supraestatal con jurisdicción propia<sup>(39)</sup>.

Una parte muy importante de la doctrina sostiene que las RRUU son usos mercantiles<sup>(40)</sup>. No faltan, sin embargo, quienes limitan su eficacia a la condición de meros usos sociales<sup>(41)</sup>, esto es cláusulas de uso<sup>(42)</sup>, usos meramente interpretativos<sup>(43)</sup> o meras prácticas<sup>(44)</sup> bancarias.

---

(38) BOIX SERRANO, R., *Estudio de los créditos documentarios*, Madrid, 1984.

(39) Sobre el arbitraje internacional CREMADES, B.M., “Arbitraje y desarrollo económico mundial”, *Actualidad Jurídica-Aranzadi*, núm. 391, de 20 de mayo de 1999, pp. 4-6.

(40) Sobre los usos mercantiles, afirma SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Madrid 2000, p. 38: “Los usos, en el sentido de costumbre, constituyen la segunda fuente del Derecho mercantil (...) éste nació y se desarrolló esencialmente como Derecho consuetudinario...”.

(41) Bien entendido que los usos sociales, como indica LATORRE, A., opus cit. (*Introducción al Derecho*), p. 22, en cuanto que “prácticas generalmente admitidas en la comunidad o en algunos de sus sectores (...) proporcionan en bastantes ocasiones la materia prima con la que se forjan las normas jurídicas. La costumbre (...) tiene como núcleo básico el uso” y más adelante, en p. 23, “entre usos sociales y Derecho hay un permanente trasvase, más intenso en unas épocas que en otras, pero siempre considerable”.

(42) MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1955, p. 491.

(43) CANARIS, opus cit. (*Bankvertragsrecht*), págs 641-642; BROSETA, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1994, p. 540. Conviene reparar en que CASTRO, F. de, *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984 (reed.), pp. 395-399, no separa unos usos de otros por más que les asignase posibles diferentes funciones.

(44) Extremo en el que señala DÍEZ-PICAZO, L., “Comentario al art. 1 C.C.”, en AA.VV. *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1993, pp. 8-9, que los usos son prácticas desarrolladas por grupos sociales determinados que no son normas, limitándose a cumplir una función integradora e interpretativa de la voluntad de las partes en razón de lo establecido en la norma legal que determina su aplicación.

Participar de esta tesis no supone el rechazar que su imposición pueda venir por vía contractual, con fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes, *ex art.* 1255 CC<sup>(45)</sup>. Pactada la aplicación de las RRUU, en un determinado crédito documentario, el espaldarazo de la ley, la primera de las fuentes del Derecho, hace, *ex art.* 1091 CC, que no se pueda cuestionar la posible aplicación de las RRUU, en cuanto usos mercantiles, por mor del principio de legalidad<sup>(46)</sup>.

La consideración de las RRUU como uso del comercio internacional<sup>(47)</sup>, que se aviene con el origen consuetudinario del Derecho Mercantil, y que no empece a su consideración como tal según cada ordenamiento jurídico nacional<sup>(48)</sup>, ha de entenderse en el sentido actual de la expresión, esto es como autorregulación, habida cuenta de que “la ley ha dejado (deja) de ser el instrumento básico de regulación en las sociedades modernas”<sup>(49)</sup>. No obstante se ha objetado a esta tesis:

---

(45) GARRIGUES, J., *Contratos Bancarios*, Madrid, 1975, pp. 650-651.

(46) La propias RRUU avalan tal modo de determinación de su eficacia en el artículo 1, que bajo el título “Ámbito de aplicación de las Reglas y Usos Uniformes (RRUU 500)”, establece:

“Las presentes Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, revisión 1993, publicación 500 de la CCI, son de aplicación a todos los créditos documentarios (...) **siempre que así se establezca en el texto del Crédito**. Obligan a todas las partes intervinientes, a menos que expresamente se estipule lo contrario”.

(47) KASIS, A., *Theorie Generale des Usages de Comerse*, París, 1984, p. 275; BALLOSSINI, C.E., “Comentario a la sentencia de casación italiana de 19 de octubre de 1981”, BBTC (1982), parte II, p. 135; Ballarino, *Diritto Intenazionale Privato*, Padua, 1982, p. 496; SCHINNERER, E., *Bankverträge*, t. III, Viena, 1963, p. 11; WÄLZHOZ, E., “Zur Anwendbarkeit des ACBG auf die Einheitlichen Richtlinien der ICC”, WM 333/1994, p. 1458; AURIOLLES MARTÍN, A. en (AA.VV., coord. G. Jiménez Sánchez) *Derecho Mercantil*, t. II, Barcelona, 1999, p. 501.

(48) En este punto ha de repararse en que ya J. GARRIGUES, *Tratado de derecho Mercantil*, Madrid, 1947, pp. 151-153, distinguía entre usos interpretativos y usos normativos, sirviendo los primeros para interpretar la voluntad de las partes del negocio jurídico, por referencia a lo usual venían a constituir el paso previo a la formación de usos normativos, ya normas jurídicas de aplicación con independencia de la voluntad de las partes. LATORRE, A., opus cit. (*Introducción...*), p. 22; según ALFARO, J., “La función de los usos en el Código de Comercio”, RDM 1992, pp. 427-428, los usos interpretativos y los usos normativos se diferencian únicamente por la función que en cada caso desenvuelven.

(49) CABO MARTÍN, C. de, “Sobre el concepto de ley”, Madrid 2000, p. 74, y en p. 75 señala: “inmediatamente se percibe que estos cambios (culturales, sociales y políticos) suponen y reflejan una potenciación de la sociedad, del mercado, de los sujetos particulares, en definitiva del contrato y del Derecho privado frente al estado, la ley y el Derecho público”.

a) Que cualquier referencia a usos supranacionales es no decir nada habida cuenta de la inexistencia de un ordenamiento jurídico de esa naturaleza, teniendo que cumplir los requisitos que imponen los concretos ordenamientos jurídicos estatales, para su consideración como normas jurídicas.

b) Que les falta el elemento material, la repetición de una conducta, la práctica uniforme y reiterada a lo largo de un amplio período de tiempo, para poder ser consideradas normas usuales, dado que periódicamente se modifican.

c) Que les falta el elemento espiritual, exigible para la formación o aparición de normas consuetudinarias, “*opinio necessitatis*”.

d) Que algunas de las RRUU podrán efectivamente ser consideradas usos del comercio, pero no todas, así habrá que ir desgranando a lo largo de las recogidas en las RRUU cuáles tienen la consideración de auténticos usos del comercio y cuáles son meros usos interpretativos.

Todas las objeciones pueden ser rechazadas y sin perjuicio de rebatirlas singularmente, han de contemplarse desde la aplicación de las RRUU, o mejor aún desde la aplicación y creación de la nueva *lex mercatoria* <sup>(50)</sup> con punto de creación muy relevante en la CCI, pues “el fenómeno del Derecho consuetudinario sólo se puede contemplar adecuadamente cuando lo que se aplica es un conjunto o un ordenamiento jurídico global” <sup>(51)</sup>.

La primera de aquellas objeciones, señalada con la letra a), no puede ser acogida porque se mantiene en la perspectiva de los ordenamientos jurídicos estatales como únicos conjuntos de normas jurídicas, lo cual hoy en día no es cierto. Los usos mercantiles o costumbre, como conjunto normativo, tienen la ventaja de su origen social, que no se identifican con la estructura de organización del poder estatal (soberano), lo que sí en cambio padece la ley, por definición, estatal. La legitimación de la costumbre, como norma, no puede sostener-

---

<sup>(50)</sup> Conjunto heterogéneo que, no obstante considerarse ordinariamente que incluye muy diferentes tipos de normas, convencionales y sin ese origen, internacionales, es de base fundamentalmente usual. Sobre la nueva *lex mercatoria*, GONDRA, J.M., “La moderna ‘lex mercatoria’ y la unificación del Derecho del comercio internacional”, RDM 1973, pp. 28 y ss.

<sup>(51)</sup> DÍEZ-PICAZO, L., Nota Introductoria a “El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre”, discurso leído ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas por don Joaquín Costa Jiménez, con motivo de su recepción pública, el 3 de febrero de 1901, Madrid, 2000 (reed.), p. 15.

se que le venga hoy en día dada por la ley estatal, en definitiva por el Estado, sino que se opera socialmente, constituyendo una ley que se da la sociedad<sup>(52)</sup>.

El fenómeno que ha dado en denominarse, en sus sucesivas etapas, globalización y universalización de la economía, demuestra que en el tráfico mundial se generan derechos subjetivos y obligaciones para los agentes económicos, dándose cumplimiento a los mismos voluntariamente o, en su caso, determinados e impuestos por tribunales arbitrales.

La utilidad de la costumbre como fuente del Derecho en las relaciones entre operadores económicos privados del comercio internacional se manifiesta por la inoperatividad, en tales espacios, de la singular limitación general y aceptada habitualmente sobre que el ámbito de actuación del Derecho consuetudinario es sólo el que permite la ley y en su defecto<sup>(53)</sup>, y además en que la aplicación de la misma se lleva a efecto no sólo por los Tribunales arbitrales, sino también por los Jueces y Tribunales nacionales, que incluyen aquellas normas supranacionales en los ordenamientos nacionales vía usos mercantiles o costumbre. En definitiva la costumbre es social y tal es su legitimación, por lo que se puede formar en ámbitos inferiores, coincidentes o superiores al Estado-nación, y no debe adjetivarse, en ese sentido.

Posiblemente la raíz de la objeción anterior está en una errónea identificación del Derecho con la facultad de su imposición coactiva por el Estado, en definitiva en la falta de coincidencia de la soberanía de cada Estado, que se ejerce naturalmente sobre un territorio determinado, con el desarrollo del comercio a nivel mundial.

Ítem más, permítaseme una breve digresión, pues lejos de aquellas posiciones afirmamos que el Derecho no puede confundirse, aunque histórica-

---

(52) La define LATORRE, A., opus cit. (*Introducción...*), p. 60, como “la norma de conducta nacida en la práctica social y considerada obligatoria por la comunidad”, añadiendo, en pp. 60-61, “...su núcleo originario es un uso o práctica social, pero se diferencia de los usos sociales, en general, en que la comunidad lo estima obligatorio para todos (*opinio necessitatis*), de forma que su violación acarrea una respuesta de tipo jurídico y no una mera reprobación social” y en p. 63 indica que “...su justificación está también en la ‘voluntad general’, aquí expresada directamente; mientras que en la ley se manifiesta de forma indirecta”. Sobre la ley en sentido material y la ley en sentido formal CABO MARTÍN, C. de, opus cit. (*Sobre el concepto de ley*), especialmente pp. 27 y ss.

(53) DíEZ-PICAZO, L., opus cit. (Nota Introductoria a “El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre”, pp. 17-18, indica: “el ámbito de actuación del Derecho consuetudinario es hoy únicamente el que la ley permite en defecto de los mandatos de la propia ley”.

mente lo haya sido, con un simple mecanismo de imposición<sup>(54)</sup> de mandatos de poder más o menos arbitrarios<sup>(55)</sup>, sino que ha de considerarse un producto del pensamiento<sup>(56)</sup> (deducible de la vida<sup>(57)</sup> y la base biológica<sup>(58)</sup>)-

(54) Tan frecuente en las definiciones de Derecho, por todos LATORRE, A., opus cit. (*Introducción...*), p. 31 en donde dice: “Con el término ‘Derecho’ designamos un conjunto de fenómenos sociales entre los que existen unos elementos comunes: el tratarse de normas de conducta obligatorias de una comunidad respaldadas por **un mecanismo de coacción socialmente organizado**”. Sobre el Derecho como mecanismo del que se valen quienes detentan el poder (militar, económico, tecnológico, científico, etc.) FOLCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Madrid, 1998.

(55) Procedentes, fundamentalmente, hoy en día y en los sistemas democráticos de Parlamentos, en los sistemas totalitarios de los dictadores u otros órganos colegiados de diferentes denominaciones, incluso “Parlamentos” y, en otras etapas históricas, de señores feudales, reyes, etc.

(56) En Denis GUEDJ, *Le théorème du perroquet*, París, 1998, traducido al castellano como *El teorema del loro-Novela para aprender matemáticas*, Madrid, 2000, el siguiente diálogo, p. 75, que se produce con ocasión de las subsecciones que uno de los personajes (Ruche) en que va dividiendo las matemáticas, expresa de forma magnífica la racionalidad caracterizadora de la persona:

— ¿Sabe que se ha olvidado de la **LÓ-GI-CA?** —inquirió Perrette.

— En absoluto —dijo Ruche con aplomo—, no la he olvidado. La lógica forma parte de la filosofía. Aristóteles, su fundador, era un filósofo, no un matemático que yo sepa.

— Si no hay lógica en matemáticas, me pregunto **dónde la hay**.

— ¡**En el pensamiento**, Perrette!

— **Y en el razonamiento en particular. Y no hay matemáticas** (—añadimos nosotros, ni **Derecho**, ni **Justicia**, ni..., en definitiva pensamiento—) **sin razonamiento.**”

(57) Basten las reflexiones de MOSTERÍN, J., *¡Vivan los animales!*, Madrid, 1998, y DAWKINS, R., *El río del edén*, Madrid, 2000.

(58) El hombre no es sino una determinada estructura y su resultado, de cuatro bases nitrogenadas, esenciales a toda forma de vida, que conforman el ADN (adenina, citosina, guanina y timina); en la medida en que desaparecen y no se pueden reduplicar mediante el ARN, el hombre al menos, seguro, en su dimensión animal y temporal, se extingue. No es que neguemos las tres dimensiones: corporal, extracorporal y temporal, ni la “interacción-compleja-de-esos-dos-elementos-en-definitiva-indisociables” (biología e historia), sino simplemente que señalamos la preeminencia de uno de ellos, el biológico, auténtico presupuesto del otro pero que no niega la historia del sujeto (ontogénesis y epigénesis). Es suficiente con citar los siguientes trabajos de entre los incluidos en la obra colectiva “La ciencia en tus manos” (GARCÍA BARRERO, P. director), 2.ª edición, Mogaz, 2001: INDURAIN, F.J., “El mundo del microcosmos”, pp. 155-194; AYALA, F., “La evolución y la herencia biológica”, pp. 231-250; FERNÁNDEZ SANTAREN, J., “La Célula”, pp. 251-284; DÍAZ PINEDA, F., “Ecosistemas y biodiversidad”, pp. 285-312; GARCÍA-BELLIDO, O., y MARTÍN-BLANCO, E., “Desarrollo embrionario y morfogénesis”, pp. 349-384; BELMONTE, C., “El desafío del cerebro”, pp. 417-456; MARTÍN NUVICIO, A., “Biotecnología”, pp. 487-518; JORCANO, J.L., “Modificación genética en animales”, pp. 557-590, y, TRILLAS, E., “La inteligencia artificial y su entorno conceptual”, pp. 635-678.

social<sup>(59)</sup>-histórica de la persona<sup>(60)</sup>) y construirse como un conjunto, rigurosamente racional<sup>(61)</sup>, y la actividad del jurista la puesta en práctica del “largo aprendizaje que consiste en saber pensar”<sup>(62)</sup>.

Volviendo sobre las objeciones antes señaladas con las letras b), c) y d), aquellas también son rechazables, pues si ciertamente la costumbre requiere la práctica de una conducta de modo reiterado, tal consideración temporal ha de adecuarse a los momentos actuales de rapidísimos cambios científicos, tecnológicos y en consecuencia sociales. Esto es: a) “no hay que exagerar la ‘antigüedad’ como requisito de la costumbre”<sup>(63)</sup>, y b) la costumbre “tiene un dinamismo que permite su adaptación a las nuevas circunstancias y le da un movimiento apreciable”<sup>(64)</sup>.

La intervención de juristas en la aparición de Derecho consuetudinario ha sido y es preponderante, siendo punto más que retórico la alusión a su creación por el pueblo<sup>(65)</sup>. Circunstancia que resulta singularmente relevante cuando de

(59) En particular DIAMOND, J., *Armas, gérmenes y acero*, Madrid, 1998.

(60) FERRY, L. y VINCENT, J.-D., opus cit., “¿Qué es el Hombre? Sobre los fundamentos de la biología y la filosofía”, Madrid, 2001, p. 28. Baste con citar en el panorama filosófico de LAÍN ENTRALGO, P., *Alma, Cuerpo y Persona*, Madrid, 1998 y *Qué es el hombre. Evolución y sentido de la vida*, Madrid, 1999.

(61) No vale la utilización vulgar del término que llegaría a hacer equivalentes “racionalizar y burocratizar”, con resultados tan nefastos como los vividos, en Europa no hace mucho tiempo, y en otras partes continúan, de genocidios en los que los genocidas “burocratizan” su criminal proceder y lo “racionalizan”, como indican FERRY, L. y VINCENT, J.-D., opus cit. (¿Qué es el Hombre? Sobre los fundamentos de la biología y la filosofía), pp. 323 y 326.

(62) FERRY, L., y VINCENT, J.-D., opus cit. (¿Qué es el Hombre? Sobre los fundamentos de la biología y la filosofía), p. 323.

(63) LATORRE, A., opus cit. (Introducción...), p. 61.

(64) LATORRE, A., opus cit. (Introducción...), p. 61 en la que dice “...La costumbre no es, por tanto, la fuente del Derecho estable que se desarrolla majestuosamente en una evolución lenta y casi imperceptible, según creía la doctrina tradicional, sino que puede ser también una fuente dinámica y de fácil adaptación a los cambios sociales de una comunidad determinada”. Como se indica en la STS, Sala Primera, de 8 de febrero de 2001, Sentencia núm. 2344, “...tales normas, de carácter consuetudinario, han ido sufriendo modificaciones a lo largo de la historia en función de la evolución de las diferentes circunstancias sociales, e incluso económicas, en las que la propia Comunidad ha estado inserta”.

(65) Díez-PICAZO, L., opus cit. (Nota Introductoria a “El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre”) p. 16, donde indica: “en las decisiones iniciales de aplicación de un ordenamiento (...) hay una decisión de juristas y es una actividad de juristas (de juristas actuando como abogados, o de juristas que como jueces han tenido que decidir los asuntos) la que lo crea. De esta suerte, recibe una marcada atenuación el rol del pueblo en la creación del Derecho consuetudinario y es difícil hablar de concurso de la voluntad o de aceptación por el pueblo de unas normas o de otras”.

creación de usos y costumbres en ámbitos profesionales se trata. Los juristas y técnicos devienen en auténticos creadores de *opinio iuris sive necessitatis*.

Las RRUU se caracterizan precisamente por su conformidad con lo indicado en los párrafos precedentes, por ello no se les puede negar el carácter de norma consuetudinaria<sup>(66)</sup>. El reconocimiento que las Naciones Unidas, a través de la CNUDMI, ha venido realizando a las sucesivas revisiones de las RRUU, contribuye a reforzar su consideración como usos mercantiles<sup>(67)</sup>.

La calificación de las RRUU como fuente consuetudinaria del Derecho no obvia, dado el principio de legalidad generalmente imperante y trasunto del sistema de atribución de la soberanía, tener que determinar el ordenamiento jurídico, en cada caso aplicable, cuando de relaciones comerciales entre nacio-

---

(66) Nuestra jurisprudencia, sin ser uniforme, sin embargo sí ha sido sensible a la consideración de las RRUU como usos mercantiles, pudiéndose citar las SSTS de 5 de enero de 1942 (R.A. 2), 21 de noviembre de 1958 (R.A. 3458), 27 de octubre de 1984, 6 de abril de 1992 (R.A. 3036), y de forma más rotunda la STS de 17 de junio de 1994 (R.A. 6725) que afirma: “...no regulado en nuestro derecho positivo el crédito documentario irrevocable, ha de acudir a la regulación que sobre tal materia hacen las Reglas y Usos Uniformes, según el texto aprobado en su última revisión, publicación número 400 de la Cámara Internacional de Comercio, que entró en vigor el 1 de enero de 1984”. La reciente STS de 7 de abril de 2000 (La Ley, 19-6-2000) no es clara en relación con la naturaleza de las RRUU, siendo equívoca su afirmación de que en “...**el ámbito de estas Reglas —periódicamente revisadas desde la redacción primera que les dio la Cámara de Comercio Internacional en Viena en el año de 1933— se producen las consecuencias de respuesta según lo convenido...**”. No obstante la siguiente afirmación, contenida, de seguido, en la sentencia, parece que sitúa la expresión anterior en el ámbito de los usos del comercio. El contenido de la afirmación antes aludida es el siguiente: “...**en nuestro ordenamiento jurídico la inclusión de aquellas en el contenido del contrato han de llevar a su eficacia partiendo de lo dispuesto en los arts. 1091 y 1255 CC y no menos desde sus arts. 1256 y 1258**”. Efectivamente la sentencia parece contraponer la eficacia obligacional de las RRUU, derivada de su “inclusión en el contenido del contrato”, y la derivada de ellas mismas, en cuanto norma objetiva, decantándose por su eficacia contractual habida cuenta del sistema de ordenación de las fuentes en nuestro ordenamiento acorde con el imperante principio de legalidad (como lo hiciera la STS de 6 de abril de 1992, R.A. 3036), según la cual la regla tercera de las RRUU “pudiera constituir fuente subsidiaria del Derecho Mercantil, a tenor del art. 2.º del Código de Comercio...”.

(67) En relación con la revisión vigente de 1993, la CNUDMI (*Anuario 1994*, vol. XXV) dictó la siguiente recomendación: “Felicitando a la Cámara de Comercio Internacional por haber hecho una nueva contribución a la facilitación del comercio internacional actualizando sus reglas relativas a la práctica del crédito documentario para que tuvieran en cuenta la evolución de la industria del transporte y las nuevas aplicaciones tecnológicas, así como para mejorar el funcionamiento de las reglas: Tomando nota de que las ‘Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios’ constituyen una contribución importante a la facilitación del comercio internacional. Recomendamos que se aplique la revisión de 1993 en las transacciones que entrañen la aprobación de un crédito documentario”.

nales de diferentes Estados se trata. Para ello habrá de recurrirse, en el Derecho español, a lo que resulte del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 <sup>(68)</sup> sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante CR).

Excepción hecha de la aplicabilidad del convenio a convenios arbitrales, así como los “instrumentos de giro”, señaladamente las letras de cambio que pudieran girarse <sup>(69)</sup>. La cuestión se centra en determinar la naturaleza jurídica del crédito documentario, a los efectos de saber si se da unicidad o pluralidad contractual.

Afirmada la unidad contractual ha de estimarse que la ley aplicable será, en primer lugar, aquella a la que se hubieren sometido las partes <sup>(70)</sup>. De no haberse operado elección, se plantea la cuestión de si la aplicación del “vínculo más estrecho” <sup>(71)</sup> supone una desintegración, a los efectos de la determinación del ordenamiento aplicable, de la compleja operación o contrato de crédito documentario. Pueden aducirse argumentos a favor y en contra, no obstante parece que se produce, a estos efectos, la dispersión o ruptura de la consideración unitaria del crédito documentario <sup>(72)</sup>.

Diferente es la cuestión de la legislación aplicable al contrato o negocio subyacente, pues el mismo no se integra en el crédito documentario. De tratarse de un contrato al mismo Convenio de Roma habrá de estarse, en su caso, así

---

(68) Ratificado por España mediante Instrumento de 7 de mayo de 1993 (BOE de 19 de julio de 1993).

(69) Ley 19/1985, de 16 de julio: se aplicará a éstas la regulación contenida en los artículos 98 a 107 de la Ley Cambiaria y de Cheque. Si se tratase de cheques la referencia será a los artículos 162 a 167 de aquella Ley.

(70) Artículo 3.1 CR, bien entendido que conforme al último inciso de aquel apartado del artículo 3 CR, las partes podrán determinar que la ley aplicable sea idéntica para todo el crédito documentario, es decir para la totalidad de los contratos que en su seno se desenvuelven o, por el contrario, que se apliquen diferentes legislaciones a aquellos contratos.

(71) Artículo 4 CR.

(72) A esa es a la conclusión a la que lleva el inciso siguiente del artículo 4.1 CR que, tras determinar la “vinculación más estrecha” en relación a la totalidad del contrato, indica lo siguiente: “no obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presenta una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, con carácter excepcional” (que en el crédito documentario sería la regla). Apreciación que se efectúa sin hacer cuestión de la aplicación de las “disposiciones imperativas”, en su caso, artículo 3.3 y 7 CR. Por lo demás habrá de ponderarse la aplicación de los demás preceptos del CR. En todo caso habrá de tomarse en consideración el ámbito de la ley del contrato al tenor de lo establecido en el artículo 10 CR.

como a los contratos de transporte y seguro, tan importantes en la materia de que tratamos, y el Banco habrá de tomarlo en consideración en el momento de llevar a efecto el examen de los documentos.

#### IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL CRÉDITO DOCUMENTARIO

El Banco emisor no efectúa un reconocimiento de deuda<sup>(73)</sup> o una promesa abstracta de pago o deuda (*Abstraktes Schuldversprechen*), institución de difícil encaje en nuestro ordenamiento jurídico<sup>(74)</sup>, sino que el Banco se compromete a cumplir la deuda del ordenante frente al beneficiario. Es cierto que en la definición de crédito documentario contenida en las RRUU nada aclaran al respecto. Pero de la regulación contenida en las RRUU puede concluirse en otro sentido<sup>(75)</sup>, esto es, que se trata de un contrato que sirve a la de ejecución de otro negocio jurídico, y deducir un argumento favorable a la idea de que el Banco

---

(73) Como indican las SSTs de 10 de abril de 1986, R.A. 1847, 22 de mayo de 1989, R.A. 3975; 11 de marzo de 1993, R.A. 1790; 30 de septiembre de 1993, R.A. 6660; 24 de octubre de 1994, R.A. 7681; 22 de julio de 1996, R.A. 5566, y 28 de septiembre de 1998, R.A. 7287, en términos de ésta última, “el reconocimiento de deuda no crea obligación alguna, es un negocio jurídico unilateral por el que su autor declara o reconoce la existencia de una deuda previamente constituida, contiene, pues, la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, se le aplica la presunción de existencia de causa del artículo 1277 del código civil y el autor, autores o causahabiente (...) queda obligado a cumplir la obligación cuya deuda ha reconocido...”.

(74) Como se indica en la RDGRN de 30 de marzo de 1998, R.A. 2190, “...el reconocimiento unilateral de un deuda carece de aptitud para generar el nacimiento de una deuda exigible por sí misma con independencia de la causa que la motiva (arts. 1089, 1255, 1261 y 1274 y siguientes del código Civil)...”.

Indica SÁNCHEZ CALERO, F., opus cit. (*Instituciones...*, t. II), p. 342, que “para obviar el problema de la virtual prohibición de los contratos abstractos, hay que considerar que las prestaciones a las que se compromete el banco frente al beneficiario tienen como causa —precisa y únicamente— la entrega, por este último, de unos documentos correctos: completos, que estén conformes con las instrucciones dadas por el ordenante y comunicadas al beneficiario”.

(75) Bien que la referencia contenida en el artículo 3 RRUU a que “los créditos son, por naturaleza, operaciones independientes de las ventas o de cualquier otro contrato en los que pudieran estar basados y a los bancos no les afectan ni están vinculados por tales contratos, aun cuando en el crédito se incluya alguna referencia al/a los mencionados contrato/s”, parece apoyar la tesis de que el banco lleva a efecto únicamente una promesa abstracta de pago. Se trata de un negocio de ejecución aplicando *pari passu* lo que se indica respecto de la letra de cambio en la STS de 2 de septiembre de 1998, R.A. 6394.

Emisor (y en su caso el Banco Confirmador) “cumple la deuda de otro”, precisamente del Ordenante <sup>(76)</sup>.

## 1. La tesis de la delegación cumulativa o acumulativa de deuda

La tesis de la delegación ha tenido una importante aceptación tanto en nuestra doctrina <sup>(77)</sup> como en la extranjera <sup>(78)</sup>, y en nuestra jurisprudencia <sup>(79)</sup>, yo mismo la he sostenido <sup>(80)</sup> y creo que existen argumentos suficientes, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, para no cambiar de parecer. No es cuestión aquí de repetir la argumentación en su día efectuada, sino de efectuar nuevas reflexiones.

---

(76) Como afirma la STS de 7 de abril del 2000 (La Ley, 19-6-2000): **“El crédito documentario es contrato que descansa en otro, generalmente de compraventa, por el que el adquirente en éste obtiene de un Banco —mediante provisión anticipada de fondos y compromiso de pago de comisión o simple concesión de crédito personal a liquidar ante la actuación del Banco— el crédito suficiente en beneficio de quien le transmite los efectos que han convenido de forma tal que este beneficiario, cumplidos los requisitos establecidos en el documento de crédito, que, desde la documentación puede y debe comprobar el Banco concedente, puede reclamar del Banco el pago de la cantidad establecida para cubrir la deuda que llegue a comportar aquella operación de la que son absolutamente independientes sus respectivas relaciones”**.

(77) FERNÁNDEZ-NOVOA, C., “Créditos documentarios transferibles y subsidarios”, RDM núm. 77, 1960, pp. 32-33 y 49; GARRIGUES, J., opus cit. (*Contratos Bancarios*), pp. 609-612; BOIX SERRANO, R., *Curso de Derecho Bancario*, Madrid, 1986, p. 223. Me remito a la bibliografía citada en mi trabajo “Naturaleza jurídica e independencia o abstracción del crédito documentario. El deber del banco emisor de examinar los documentos”, RDBB núm. 35, julio-septiembre 1989, pp. 611 y ss.

(78) ASQUINI, A., “Pagamenti mediante Rimborso di Banca”, RDCom. 1922, I, pp. 225-260; CANARIS, opus cit. (*Bankvertragsrecht*), p. 638; MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. VI, Buenos Aires, 1955, p. 149, más recientemente MOLLE, G., DESIDERIO, L., *Manuale di Diritto Bancario e dell'intermediazione finanziaria*, Milán, 1997, p. 188; MOUSSERON, J.M., RAYNAUD, J., FABRE, R. y PIERRE, J.L., *Droit du comerce international*, París, 1997, p. 491. Me remito a la bibliografía citada en mi trabajo cit. “Naturaleza jurídica e independencia o abstracción del crédito documentario. El deber del banco emisor de examinar los documentos”, pp. 611 y ss.

(79) SSTs de 14 de mayo de 1989, R.A. 2043; 11 de marzo de 1991, R.A. 2212 y 3 de mayo de 1991, R.A. 3559.

(80) “Naturaleza jurídica e independencia o abstracción del crédito documentario. El deber del banco emisor de examinar los documentos”, RDBB núm. 35, julio-septiembre 1989, pp. 611 y ss.

Ciertamente, en tesis general, lo más correcto es configurar el crédito documentario como una modalidad de asunción de deuda<sup>(81)</sup>. No obstante y dado que en nuestro ordenamiento la única modalidad de asunción de deuda en la que se da la intervención de todos los implicados en la misma es en la delegación, parece oportuno y procedente mantener aquella tesis para explicar la naturaleza jurídica del crédito documentario.

No vamos a detenernos en la distinción entre crédito documentario revocable y crédito documentario irrevocable, por cuanto la tesis de la delegación permite una explicación conjunta de la institución. Baste con recordar que la primera modalidad de crédito documentario constituye una *delegatio solvendi*<sup>(82)</sup>, en tanto que la segunda encuentra su acomodo en la *delegatio promitendi*<sup>(83)</sup>.

De aquí en adelante el análisis se efectúa, salvo referencia expresa, sobre la modalidad de crédito documentario irrevocable por dos razones fundamentales: a) Las RRUU presumen que el crédito documentario es irrevocable, si no se establece su carácter revocable [artículo 6.c) RRUU]<sup>(84)</sup>; b) La utilización del crédito documentario revocable resulta marginal en el tráfico, dada la escasa utilidad, en términos de eficacia aseguradora o garantizadora, que supone para el beneficiario<sup>(85)</sup>.

---

(81) BASOZABAL, X., “El contrato de asunción de deuda”, ADC, t. LII, fascículo I, enero-marzo 2000, p. 83, según el cual se trata de una institución general de un contrato “por el que un tercero (asumente) se obliga a cumplir la deuda de otro, bien frente a éste, bien frente al acreedor”. Instituto que abarca tanto la expromisión como la delegación, en tanto que sus dos posibles modalidades, (bien que precisando para el crédito documentario que en cualquiera de los dos supuestos no sería liberatoria, sino cumulativa), pero moviéndonos en un ordenamiento jurídico concreto, como es el caso del nuestro, ha de estarse a la configuración que el mismo hace de aquella general institución jurídica.

(82) Me remito a mi trabajo “La extinción y la modificación del Crédito Documentario revocable por el Banco Emisor”, en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en homenaje a Evelio Verdura Tuells*, Madrid, 1994, pp. 2642 y ss.

(83) Me remito sobre el particular a lo ya expuesto en mi trabajo, opus cit. (“Naturaleza jurídica e independencia o abstracción del Crédito Documentario. El deber del Banco Emisor de examinar los documentos”), pp. 522-523.

(84) La presunción de irrevocabilidad constituyó uno de los cambios más importantes introducidos en la revisión de las RRUU efectuada en 1993; hasta entonces la regla había sido la contraria. El cambio se introdujo, en términos del Prólogo de la Publicación CCI núm. 500, París, mayo de 1993, p. 4, para “mejorar la integridad y fiabilidad de la figura del Crédito Documentario”, afirmación que ciertamente aboga por la naturaleza unitaria de la figura y resalta su función de medio de aseguramiento o garantía.

(85) Sobre su falta de utilidad para el beneficiario CORTÉS, L. J., en *Curso de Derecho Mercantil*, dir. por Uría, R. y Menéndez, A., t. II, Madrid, 2001, p. 557.

Ha de partirse de que la delegación de deuda constituye un contrato, que muestra una estructura de enorme utilidad en el ámbito de las relaciones jurídicas que surgen en el tráfico económico<sup>(86)</sup> (baste con citar la letra de cambio, las tarjetas de crédito y demás medios de pago electrónicos), de amplia utilización en el pasado<sup>(87)</sup> y de enorme proyección futura, dada la relativa descausalización<sup>(88)</sup>, que la universalización de la economía impone a las operaciones del tráfico mercantil.

---

(86) “...una de las instituciones jurídicas más escurridizas pero de mayor trascendencia en el tráfico económico”, según BASOZABAL, X., opus cit. (*El contrato de asunción de deuda*), p. 85.

(87) Así se ha utilizado para explicar las operaciones de los *argentarii*.

(88) La STS de 31 de diciembre de 1997 (R.A. 9177) indica: “...**A pesar de la nueva tendencia doctrinal derivada del derecho norteamericano, que ya tiene cierta presencia en nuestra área jurídica y que determina la no necesidad de existencia de causa para que un contrato pueda producir todos los efectos propios de su validez intrínseca no se puede soslayar el mandato establecido en el artículo 1261 del Código Civil, que exige, para la plena vigencia del contrato, que además del consentimiento, exista un objeto cierto y una causa...**”. En la STS de 29 de abril de 1998 (R.A. 3238), a propósito de la abstracción causal, se indica que: por “**negocio abstracto (...) hay que entender en nuestro sistema como aquel en el que no aparece incorporada o expresada debidamente la causa, pero la causa se presume que existe y es lícita conforme al artículo 1277 del código civil, favoreciendo al acreedor, al desplazarse sobre el deudor la carga de probar su inexistencia o ilicitud a fin de destruir la presunción legal...**”. En su STS de 13 de febrero de 1998 (R.A. 982) señala el Alto Tribunal: “**Ciertamente el precitado artículo 1277 viene a representar un apoyo legal en pro de la existencia de los llamados ‘contratos abstractos’, pero sin que ello signifique la admisión de contratos sin concurrencia de causa alguna, pues tal apreciación sería contraria al contenido del artículo 1261, en cuanto que éste condiciona la existencia del contrato a los requisitos del previo consentimiento, objeto y causa, lo que permite entender que el contrato abstracto es aquel cuya declaración de voluntad no expresa la causa, al permanecer oculta en la intención de los contratantes, pero su existencia es tan esencial como en los ‘contratos causales’, por el otro lado, el referido precepto lo que establece es una clara presunción ‘juris tantum’ de la existencia y licitud de la causa y desplaza la carga probatoria sobre el deudor...**”. Recogiendo la doctrina establecida en las SSTs de 11 de julio de 1984 (R.A. 3939), 21 de noviembre de 1988 (R.A. 9038), 19 de noviembre de 1990 (R.A. 8956), 4 de enero de 1991 (R.A. 105), 31 de enero de 1991 (RA 522), 24 de enero de 1992 (R.A. 204), 8 de abril de 1992 (R.A. 3023), 28 de abril de 1993 (R.A. 2952), 11 de abril de 1994 (R.A. 2787), 8 de febrero de 1996 (R.A. 952), se indica en la STS de 1 de abril de 1998 (R.A. 1912): “...A la vista del artículo 1274 del Código Civil **se ha mantenido reiteradamente que la causa, como elemento esencial del negocio jurídico, y, por ende, del contrato, es un concepto objetivo (...)** El móvil subjetivo es, en principio, una realidad extranegocial, a no ser que las partes lo incorporen al negocio como una cláusula o como una condición (...) Sin embargo, puede darse el caso de que el móvil se incorpore a la causa —es el móvil causalizando— y tenga trascendencia como elemento del negocio jurídico (...), como elemento afecto a la existencia (momento de la perfección) pero no al desarrollo o cumplimiento del contrato...”.

La delegación de deuda ha dejado de ser problemática en nuestro ordenamiento, tras su integración<sup>(89)</sup>, como modalidad de la asunción de deuda y con el respaldo del artículo 1206 CC, en el mismo por la jurisprudencia<sup>(90)</sup>. Definida la primera por la jurisprudencia como **“la sustitución de la persona del deudor por otra, con respecto a la misma relación obligatoria, sin extinción de ésta”** (STS de 21 de mayo de 1997, R.A. 4235), la delegación de deuda se caracteriza porque en ella se da **“acuerdo entre el deudor antiguo y el nuevo con el consentimiento del acreedor”** (STS de 21 de mayo de 1997, R.A. 4235)<sup>(91)</sup>.

---

(89) Lo que no sucedió en aquellos ordenamientos europeos que contienen regulaciones específicas de la delegación, como los Derechos francés (*délégation*), alemán (*anwendung*), italiano (que distingue entre *delegazione*, *espromissione* y *accollo*).

(90) SSTs de 14 de noviembre de 1990 (R.A. 8710), 22 de marzo de 1991 (R.A. 2428), 27 de junio de 1991 (R.A. 4631), 11 de mayo de 1992 (R.A. 3897), 26 de abril de 1993 (R.A. 2426), 31 de mayo de 1994 (R.A. 3769), 20 de febrero de 1995 (R.A. 887), 16 de marzo de 1995 (R.A. 2659), etc. Aparecen diferenciadas dos líneas jurisprudenciales:

A) La que entiende que la asunción de deuda en cualquiera de sus modalidades (expromisión o delegación) constituye una modalidad de novación; así la STS de 13 de junio de 1997 (R.A. 4651) indica: **“...en la asunción de deuda un nuevo deudor asume la deuda existente en lugar del hasta entonces deudor, pudiendo construirse el contrato aplicando a las normas de la novación por cambio de deudor (artículos 1203 núm. 2, 1204 y 1205), ya sea en la forma de expromisión (art. 1205) o en la de delegación (art. 1206), pero en ambas es necesario el *animus novandi*.**

B) La que considera que novación y asunción de deuda son instituciones jurídicas diversas, ejemplo de ella es la STS de 21 de mayo de 1997 (R.A. 4235), a cuyo tenor: **“La asunción de deuda es la sustitución de la persona del deudor por otra, con respecto a la misma relación obligatoria, sin extinción de ésta. No admitida históricamente, se admite en forma restrictiva en época actual (...) pero partiendo de su admisibilidad, sólo se puede dar, tanto en su tipo de expromisión (acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor) como en el de delegación (acuerdo entre el deudor antiguo y el nuevo con el consentimiento del acreedor), si el acreedor lo consiente.** Distinto es el caso de la novación (extintiva) subjetiva por cambio del deudor, en que se extingue la obligación primitiva y se constituye una nueva, con la persona del deudor distinta: también requiere el consentimiento del acreedor. Y además, no se presume, debe constar claramente la voluntad expresa de extinción o una incompatibilidad indiscutible...”.

Bien que hoy en día se asuma sin mayores dificultades en nuestro ordenamiento la novación modificativa. Como indica la RDGRN de 20 de octubre de 1998 (R.A. 8152), “la novación modificativa es la regla general”.

(91) Se define por DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. II, Madrid, 1993, p. 853, como: “operación jurídica por medio de la cual una persona (delegante) da una orden o una autorización a otra (delegado), a fin de que realice una prestación o emita una promesa a favor de un tercero (delegatario), todo ello de manera tal que la promesa o la prestación se entienda hecha por cuenta del delegante”.

Señala la STS de 7 de abril del 2000 que el crédito documentario “**es contrato**”<sup>(92)</sup>. Debiendo precisarse que no se trata de una mera asunción de cumplimiento, con sus efectos limitados *inter partes*, esto es al cliente (Ordenante) y al banco (Banco Emisor), de tal forma que el primero pueda exigir el cumplimiento de la obligación al banco cuando el pago le sea exigido por el tercero acreedor (Beneficiario)<sup>(93)</sup>.

Con la alusión a “delegación de deuda” se quiere significar una de las modalidades de la asunción de deuda, que no es sino un “efecto negocial al que cabe acceder desde distintas hipótesis”<sup>(94)</sup>, criterio que es conforme con nuestra jurisprudencia, constituyendo el modo más adecuado a nuestro ordenamiento jurídico, pues cuando se trata de un procedimiento de asunción de deuda en el que intervienen todos los implicados, el deudor primitivo con el nuevo deudor y el acreedor, “el Código Civil sólo menciona expresamente la delegación”<sup>(95)</sup>, y lo hace únicamente para poner de manifiesto la participación del deudor.

La participación en el contrato de asunción de deuda del deudor primitivo (Ordenante), nuevo(s) deudor(es) (Banco Emisor y en su caso Banco Confirmador) y acreedor (Beneficiario) no tiene que ser simultáneo en el tiempo, puede llevarse a efecto mediante un contrato entre el antiguo y el nuevo deudor ratificado por el acreedor<sup>(96)</sup> o mediante un negocio jurídico trilateral<sup>(97)</sup>. Los modos de operar en el crédito documentario se ajustan a ambos procedimientos, pudiendo el consentimiento del acreedor-beneficiario manifestarse expresa o tácitamente, máxime dado el carácter no liberatorio que la delegación ínsita al

---

(92) BASOZABAL, X., opus cit. (*El contrato de asunción de deuda*), p. 83.

(93) Como sucede en el “*accollo*” (art. 1272 CC italiano).

(94) BASOZABAL, X., opus cit. (*El contrato de asunción de deuda*), p. 131, en donde indica: “Entre nosotros no existe un marco codificado de referencia, pero al igual que en aquellos ordenamientos que cuentan con él, carece de sentido preguntarse por la asunción de deuda, como si se tratara de un esquema negocial fijo y predeterminado por su propia estructura y función, por su propia ‘naturaleza’. La asunción de deuda no responde a un tipo contractual; es un efecto negocial al que cabe acceder desde distintas hipótesis contractuales”.

(95) BASOZABAL, X., opus cit. (*El contrato de asunción de deuda*), p. 103.

(96) Díez-PICAZO, L., opus cit. (*Fundamentos...*), p. 840.

(97) GETE-ALONSO, C., “Comentario a la STS de 5 de noviembre de 1990” CCJC, núm. 24, septiembre-diciembre, 1990, p. 1111.

crédito documentario supone <sup>(98)</sup>. Incluso pueden aparecer otros acreedores (seguidos o ulteriores beneficiarios, si el crédito documentario fuera transferible).

La delegación de deuda, como es sabido, puede ser liberatoria o acumulativa. Si en el primer caso se produce la sustitución del deudor primitivo por un nuevo deudor, en el segundo no se extingue la relación que vincula al primitivo deudor con el acreedor, de tal manera que, en supuesto de delegación acumulativa, el acreedor simplemente acepta que el delegado quede obligado en los mismos términos que el deudor, sin liberar a este último ni disponer de su crédito.

Cuando se asume la deuda cumulativamente “el nuevo deudor se incorpora a una relación jurídica preexistente” <sup>(99)</sup>. Como indica la STS de 7 de abril de 2000 <sup>(100)</sup> mediante el crédito documentario **una parte** (en el caso el comprador) **obtiene de un Banco el crédito suficiente en beneficio de quien le transmite** (vendedor) los efectos que han convenido, de forma tal que este beneficiario puede reclamar del Banco el pago de la cantidad **establecida para cubrir la deuda que llegue a comportar aquella operación** (en el caso una compraventa).

Las RRUU nada establecen acerca de si la deuda que asume el Banco Emisor se acumula a la que tiene el Ordenante o si éste queda liberado de la misma en relación con el Beneficiario <sup>(101)</sup>, por ello ha de acudir a las reglas sobre interpretación de los contratos vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, que, como es sabido, prima sobre los demás medios interpretativos la intención de los contratantes <sup>(102)</sup>.

---

<sup>(98)</sup> Por todas la STS de 20 de mayo de 1997, R.A. 3890, a cuyo tenor: “...**el consentimiento** no sólo se expresa mediante actos expresos, sino que **cabe también descubrirlo en la conducta tácita del acreedor**”. Esta última posición reclama, no obstante, que los actos de los que la prestación de tal consentimiento en forma tácita se infiera sean concluyentes e inequívocos.

<sup>(99)</sup> BASOZABAL, X., opus cit. (*El contrato de asunción de deuda*), p. 99, que alude, en nota 51, a la siguiente plástica idea de LARENZ, “en la asunción de deuda es el mismo crédito, que antes existía contra el deudor primitivo, el que de ahora en adelante se dirige contra el nuevo deudor; no se cambia el contenido de la obligación, sino su dirección”.

<sup>(100)</sup> La Ley, 19-6-2000.

<sup>(101)</sup> Bien entendido que, como indica la RDGRN de 20 de octubre de 1998 (R.A. 8152), “...en el campo de los derechos de crédito la novación modificativa es la regla general, al punto de que sólo tendrá alcance extintivo y sustitutivo en el caso de que, aparte de que así se pacte, desemboque en una incompatibilidad total entre la antigua y la nueva obligación...”.

<sup>(102)</sup> Como se indica en las SSTs de 30 de junio de 1996, R.A. 4908; 17 de mayo de 1997, R.A. 3883; 10 de junio de 1998, R.A. 3714, entre otras muchas: “...las normas o reglas de interpretación contenidas en los arts. 1281 a 1289 del Código Civil, constituyen un conjunto o

Ciertamente ni en la “cláusula de crédito documentario” ni en el contrato que, eventualmente, se pudiera concluir, para acordar la emisión del crédito documentario se establece la liberación del Ordenante de su deuda en la relación subyacente, por lo que ha de presumirse la inexistencia de tal liberación, pues “no puede presumirse la voluntad de disponer del acreedor”<sup>(103)</sup>.

La función de garantía o de refuerzo<sup>(104)</sup> propia del crédito documentario encuentra en la delegación acumulativa cumplida explicación, pero no supone solidaridad pasiva entre el Ordenante y el Banco, porque ni viene establecida expresamente ni puede presumirse<sup>(105)</sup> al cumplir ya la delegación aquella función garantista<sup>(106)</sup> que cumple la solidaridad<sup>(107)</sup>.

---

cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al párrafo primero del art. 1281, de tal manera que si la claridad de los términos no deja duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con carácter subsidiario, respecto a la que preconiza la interpretación literal...”.

(103) BASOZABAL, X., opus cit. (*El contrato de asunción de deuda*), p. 100.

(104) La STS de 7 de abril de 2000 alude a la “**garantía de pago**” establecida mediante la emisión del crédito documentario.

(105) Es reiterada la jurisprudencia que establece: A) En términos de la STS de 6 de marzo de 1999 (R.A. 2246), “que no es preciso para entender que existió una solidaridad en el contrato que se haga una expresión causal o literal en tal sentido, sino que puede ser estimada su concurrencia por el conjunto de antecedentes demostrativos que ha sido querido por los interesados aquel resultado económico, siguiendo las pautas de la *bona fides*, en base a la cual la Jurisprudencia viene atenuando el rigor del último párrafo del artículo 1137 del Código Civil, bastando que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de haberse obligado *in solidum* o resulte dicha solidaridad de la propia naturaleza de lo pactado” (SSTS de 4 de mayo de 1973, R.A. 2291; 16 de marzo de 1976, R.A. 1380; 2 de marzo de 1981, R.A. 879; 15 de marzo de 1982, R.A. 1377; 7 de abril de 1983, R.A. 2104; 14 de abril de 1986, R.A. 1851; 20 de octubre de 1986, R.A. 5943; 12 de mayo de 1987, R.A. 3435; 26 de julio de 1989, R.A. 5780; 11 de octubre de 1989, R.A. 6906; 28 de mayo de 1990, R.A. 4091; 17 de diciembre de 1990, R.A. 10282; 19 de diciembre de 1991, R.A. 9409; 17 de octubre de 1996, R.A. 7115; 29 de junio de 1998, R.A. 5284, etc., etc.) y, B) En términos de la STS de 26 de enero de 1994, R.A. 445, que “el artículo 1137 del Código Civil ha merecido una interpretación correctora de dicha drástica y rigurosa normativa en orden a exigir una expresa manifestación a favor de la solidaridad, admitiendo también su existencia cuando las características de la obligación permiten deducir la voluntad de los interesados de crear una *obligatio* generadora de responsabilidad solidaria y de modo especial cuando se trata de facilitar o estimular la garantía de las demás partes contratantes al existir una interna conexión entre las obligaciones de las contrapartes” (SSTS de 11 de febrero de 1927; 23 de junio de 1956, R.A. 2721; 5 de mayo de 1961, R.A. 2310; 30 de marzo de 1973, R.A. 1131; 7 de enero de 1984, R.A. 340; 26 de junio de 1989, R.A. 4785; 11 de octubre de 1989, R.A. 6906, etc., etc.).

(106) Ni es evidente la voluntad de los contratantes de obligarse *in solidum*, ni resulta dicha solidaridad de la propia naturaleza de lo pactado, ni se trata de facilitar o estimular la garantía del beneficiario.

Ordenante y Banco son obligados frente el Beneficiario pero sin que éste, en cuanto acreedor, pueda exigir el pago a cualquiera de ellos “como si de tratara de deudores solidarios”<sup>(108)</sup>, al haber pactado mediante la “cláusula de crédito documentario” que el pago se efectuaría mediante banco.

No se trata únicamente de la virtualidad obligatoria del referido pacto (que la tiene), y del deber de cumplimiento de buena fe, sino que además puede suceder, lo que es muy probable dados los sistemas operativos del tráfico y las relaciones entre la economía real y financiera, que el ordenante para atender al cumplimiento de su obligación, al pago, haya acudido al crédito bancario, por lo que al exigirle el beneficiario el pago estaría, a la vez que perjudicando al ordenante, interponiendo un hecho, obstando claramente a la realización de la operación subyacente (que en el tráfico internacional, dada la “volatilidad” de los precios, bien pudiera resultarle ventajoso, en términos estrictamente económicos).

Ciertamente viene distinguiéndose en el crédito documentario, junto con la función solutoria o de pago<sup>(109)</sup> y la, eventual, de financiación<sup>(110)</sup>, la de asegu-

(107) Sobre el carácter garantista de la delegación de deuda, DíEZ-PICAZO, L., opus cit. (*Fundamentos. II*), p. 434. Sobre la cercanía entre fianza y delegación de deuda CARRASCO PERERA, L., *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992, pp. 76-77. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de Asís, LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, T. I, vol. Tercero (edición revisada y puesta al día por Delgado Echeverría, J.), Barcelona, 1986, p. 503.

(108) Efectivamente la solidaridad sería la situación normal como indica BASOZABAL, X., opus cit. (*El contrato de asunción de deuda*), p. 100, dada la falta, en nuestro Derecho de una disposición, a semejanza del artículo 1268 del CC italiano, que obligue al delegatario a exigir previamente el pago al delegado para poder dirigirse contra el delegante.

(109) GUTTERIDGE, H.C. y MEGRAH, M., *The law of Banker's Commercial Credits*, Londres, 1984, p. 1; EISSEMAN, F., y EBERTH, R., *Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handelsverkehr*, Heildelberg, 1989, p. 61; SCHÜLTZE, *Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handelsverkehr*, Heildelberg, 1996, p. 61; NIELSEN, D.H., en Schimansky, Bunte y Lwowski, *Bankrechts-Handbuch*, Munich, 1997, p. 3418; PENN, G.A., SHEA, A.M., y ARORA, A., *Banking Law*, Vol. 2, Londres, 1987, p. 290; SÁNCHEZ CALERO, F., opus cit. (*Instituciones... t. II*), pp. 340.

(110) GUTTERIDGE, H. C. y MEGRAH, M., opus cit. (*The law of Banker's Commercial Credits*), pp. 3-4; EISSEMAN, F., y EBERTH, R., opus cit. (*Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handelsverkehr*), pp. 61-62; FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., opus cit. (*Los créditos documentarios...*), p. 43; HERNÁNDEZ MARTÍ, J., opus cit. (*Crédito documentario: su cumplimiento y excepciones al mismo*), p. 3299.

Indica SÁNCHEZ CALERO, F., opus cit. (*Instituciones...*, t. II) p. 342: “A pesar de la denominación ‘crédito documentario’ y de la referencia a la ‘apertura de crédito’, la moderna configuración de estas operaciones las aparta de la figura de los contratos de crédito y en particular de la apertura de crédito”.

ramiento y garantía<sup>(111)</sup> que resulta inmanente a su condición de delegación de deuda, a la que se añade la especial confianza que inspira la asunción de la deuda por un establecimiento de crédito<sup>(112)</sup>, y que precisamente constituye la principal explicación no sólo de la aparición de la operación sino también del éxito de esta institución del tráfico mercantil.

Afirmada la naturaleza de delegación acumulativa de deuda del crédito documentario, resulta que el Banco “sucede” al Ordenante, pero no en su posición contractual en la relación subyacente sino como deudor, esto es únicamente en la obligación de cumplimiento o pago. No obstante en ese fenómeno sucesorio radica el inconveniente más grave opuesto a la tesis afirmativa de la naturaleza jurídica de asunción/delegación cumulativa de deuda del crédito documentario.

Efectivamente en aquellos ordenamientos que regulan la delegación de deuda ésta es “abstracta”, en el sentido de que el delegado no puede oponer al delegatario las excepciones derivadas de la relación de valuta o de cobertura, al extremo de que si se quieren oponer aquellas excepciones ha de “titularse”, esto es causalizarse expresamente, la delegación<sup>(113)</sup>.

Frente a tal “abstracción”, cuyo fundamento resulta exportable a los demás ordenamientos (y que justifica la afirmación de que en la delegación de deuda se produce, de por sí, una descausalización<sup>(114)</sup>), explicativa, al menos en parte, de la independencia del crédito documentario, también se sostiene y se alzan quienes afirman que “el leivmotiv en materia de asunción es precisamente que

---

(111) La función de garantía es esencial al crédito documentario.

(112) Indica SÁNCHEZ CALERO, F., opus cit. (*Instituciones...*, t. II) p. 340: “...en las ventas entre plazas lejanas (...) falta la confianza entre los contratantes (...) para evitar estos problemas se recurre a la intermediación de una entidad bancaria”. El injusto régimen de “acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio”, previsto en la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, así como el régimen de “saneamiento y liquidación” de aquellas entidades, previsto en la Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, tiende a procurar la confianza en las entidades de crédito. Sobre el régimen de saneamiento y liquidación de entidades de crédito, ver ESPIN GUTIERREZ, C., *El saneamiento y la liquidación de entidades de crédito en el ordenamiento comunitario*, RDBB núm. 82, abril-junio 2001, pp. 7-31.

(113) Así ocurre en el Derecho italiano ex artículos 1268 y ss. CC, también en el Derecho portugués ex artículos 595-600 CC y en el Derecho alemán según los párrafos 783 a 792 BGB.

(114) Lo que ha dado en llamarse “abstracción delegatoria”.

el nuevo deudor asume la deuda tal y como se encuentra en manos del deudor primitivo en el momento de producirse la asunción”<sup>(115)</sup>.

La relación de valuta, se dice, justifica por qué debe y cumple el asumente/delegado, aun cuando se hubiera obligado sólo por el contrato del que surge la asunción/delegación<sup>(116)</sup>.

La consecuencia de la posición que niega el efecto abstractivo de la delegación es que el Banco, en cuanto asumente/delegado, puede oponerse al pago, cuando se lo exija el Beneficiario, so capa de la existencia de vicios determinantes de la nulidad, o posibilitantes de la resolución de la relación jurídica de la que nace la deuda, o de la extinción de aquella relación.

Pero de ello nos ocuparemos con ocasión del análisis de la independencia o “abstracción” del crédito documentario, baste aquí con señalar que la acusación de atipicidad o de falta de un régimen jurídico positivo “suficiente”<sup>(117)</sup> se torna en definitiva en el gran aliado, que, junto con su marchamo de negocio propio del tráfico internacional, lejos de constituir un defecto permite el juego de la descausalización relativa o independencia propia del crédito documentario.

## **2. Análisis crítico de las demás teorías sobre la naturaleza jurídica del crédito documentario**

No es el caso de efectuar aquí un análisis, ni siquiera una referencia, a la multitud de teorías con las que se ha intentado explicar la naturaleza jurídica del crédito documentario, extremo en que me remito a lo ya analizado en otro

---

(115) BASOZABAL, X., opus cit. (*El contrato de asunción de deuda*), p. 132.

(116) Indica BASOZABAL, X., opus cit. (*El contrato de asunción de deuda*), p. 132, que “el leitmotiv en materia de asunción es precisamente que el nuevo deudor asume la deuda tal y como se encuentra en manos del deudor primitivo y el contrato de asunción se suele considerar desde un punto de vista causal (...), pero en realidad las relaciones entre la ‘relación primitiva’ y la ‘relación de asunción’ son más estrechas, que la deuda cambie de titular no significa que cambie la relación obligatoria. El deudor debe en virtud de la relación de valuta, el asumente se obliga en virtud del contrato de asunción, pero debe y cumple en la misma relación de valuta en la que aquél sigue siendo parte contractual. Resulta evidente, por lo tanto, que la relación de valuta sigue afectando a la deuda y al nuevo deudor. La propia función de la asunción de deuda exige que la relación que constituye el marco en el que la deuda existe sea válida y eficaz”.

(117) FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., opus cit. (*Los créditos documentarios...*), pp. 47-48; HERNÁNDEZ MARTÍ, J., opus cit. (*Créditos documentarios: su cumplimiento...*), p. 3300; RECALDE, A., “El crédito documentario”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 1993-1994, pp. 144-145.

lugar<sup>(118)</sup>, baste con señalar que se ha pretendido justificar que el Banco Emisor actúa como mandatario sin representación, comisionista o agente del Ordenante efectuando un pago por su cuenta<sup>(119)</sup>, también que el crédito documentario envuelve un mandato de crédito<sup>(120)</sup>. En la misma línea se mueven teorías que, originadas en Inglaterra y Alemania, aludieron al “stoppel”, al “trust” o al “treuhandvertrag”.

El mandato de crédito, la estipulación a favor de tercero, así como el contrato a favor de tercero, fueron utilizados con profusión destacándose que en la relación entre el Ordenante y al Banco Emisor se atribuyen efectos a un tercero, que resulta ser el Beneficiario<sup>(121)</sup>.

La concepción de la operación de crédito documentario como un negocio jurídico complejo<sup>(122)</sup> ha tenido una importante aceptación por la doctrina

---

(118) Me remito al análisis pormenorizado que llevé a efecto en “Naturaleza jurídica e independencia o abstracción del crédito documentario. El deber del banco emisor de examinar los documentos”, RDBB núm. 35, julio-septiembre 1989, pp. 614-625.

(119) Sentencia del 15 de junio de 1922 del Reichsgericht.

(120) Sobre las primeras teorías en torno al crédito documentario ha señalado LANGLE, E., *Manual de Derecho Mercantil Español*, Barcelona, 1959, p. 444: “Algunas de estas construcciones doctrinales se fijan en aspectos exactos, pero parciales de la operación. Otras incurrir en errores o discordancias con el derecho positivo, por lo que resultan insuficientes o equivocadas”.

(121) CREMADES, B., en “Introducción” a *Régimen jurídico de las técnicas bancarias en el comercio internacional*, AA.VV., Madrid, 1980, pp. 18-19.

(122) Según la RDGN de 18 de julio de 1998, R.A. 5962, el negocio complejo es “de naturaleza unitaria porque entre los elementos heterogéneos que lo constituyen hay una íntima soldadura al aparecer fundidas en una síntesis las diversas declaraciones emitidas que confluyen en un único negocio que es resultado de varias causas que en él concurren, no puede escindirse en los (...) negocios que lo formen y aplicar a cada uno de ellos las normas propias del contrato tipo, sino que por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos”.

Según la STS de 26 de enero de 1994, R.A. 445 (que recoge la doctrina sentada en las SSTs de 6 de abril de 1960, R.A. 1671; 9 de diciembre de 1960, R.A. 4094; 19 de enero de 1966, R.A. 5; 3 de abril de 1984, R.A. 1923; 12 de junio de 1984, R.A. 3234; 10 de junio de 1986, R.A. 3380; 29 de diciembre de 1986, R.A. 7831; 18 de abril de 1989, R.A. 3067; 20 de abril de 1989, R.A. 3242; 25 de mayo de 1992, R.A. 4281, etc., etc.) se caracterizan porque en ella “los distintos elementos que la forman aparecen entrelazados e inseparablemente unidos por la voluntad de las partes, de forma que no es posible aislarlos o regularlos separadamente, pues se desnaturalizaría la voluntad y el fin económico que las partes tuvieron en cuenta al contratar. Para esta clase de contratos complejos es doctrina consagrada (...) la aplicación de la normativa general contenida en el Código Civil”.

española<sup>(123)</sup>, así como la de considerarla como una operación sui géneris<sup>(124)</sup>, de carácter contractual o no<sup>(125)</sup>.

Existe una tendencia a rechazar cualquier posición que procure una explicación nuclear, al menos, de las posibles múltiples relaciones jurídicas que están relacionadas y pueden surgir como consecuencia de una operación de crédito documentario. Especialmente si se trata de utilizar alguna de las instituciones ya existentes<sup>(126)</sup>, operándose básicamente con el contrato de comisión y un contrato atípico convencionalmente denominado de carta de crédito<sup>(127)</sup>.

Estas últimas construcciones tienen a su favor que si bien el principio de relatividad del contrato es incuestionable, ello no supone que los contratos sean “unidades absolutamente estancas”<sup>(128)</sup>, esto es que no produzcan “efectos cola-

---

(123) POLO, A., “Comentario a la Sentencia del Tribunal supremo de 5 de enero de 1942”, RDP 1942, pp. 603-604; LANGLE, opus cit. (*Manual...* t. III) p. 444; MARTÍ MIGARRÓ, “Patología de los instrumentos de pago internacionales”, AA.VV., *Régimen jurídico de las técnicas bancarias en el comercio internacional*, Madrid, 1980.

(124) VICENT CHULIÁ, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, t. II, Barcelona, 1990, pp. 449-451.

(125) Se ha afirmado plásticamente “una carta de crédito es una carta de crédito, ninguna otra cosa diferente”, MCCULLOUGH; *Letters of Credit*, Nueva York, 1992, p. 4. Indica CORTÉS, L.J., opus cit. (*Derecho Mercantil...*) pp. 558-559 que “estamos (...) ante una de las figuras atípicas del Derecho mercantil moderno, que presentando rasgos comunes con distintas instituciones no se acomodan exactamente a ninguna de ellas (...), pudiendo tal vez añadirse que, como la transferencia, el crédito irrevocable se aproxima a la figura de los ‘contratos unidos’, es decir, a los supuestos que integran un conjunto de prestaciones diversas en el marco de negocios distintos pero interdependientes en la medida en que unos son fundamento (negocios-base) de otros (negocios de ejecución), con finalidad práctica, sin embargo unitaria y común”.

(126) FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., y CARLOS BELTRÁN, L. de, *Derecho del Mercado Financiero*, Madrid, 1992, pp. 321-324.

(127) Indica SÁNCHEZ CALERO, F., opus cit. (*Instituciones...*, t. II), p. 342, “esta relación deriva sustancialmente de un contrato de comisión, en la que el cliente, como comitente, encarga al banco efectuar determinadas operaciones en favor de tercero. En efecto, el contrato entre el ordenante y el banco obliga a este último a celebrar un nuevo contrato con el beneficiario: el contrato de ‘Carta de crédito’, por el cual el banco se compromete a realizar una serie de prestaciones, a condición de que se le entreguen los documentos pactados. Éste es un contrato distinto, tanto respecto de la compraventa subyacente como de la comisión”.

(128) Indican las SSTs de 3 de octubre de 1979, R.A. 3236; 2 de noviembre de 1981, R.A. 4412, y 29 de diciembre de 1998, R.A. 10138, en términos de esta última, que si bien “el artículo 1257 del Código Civil establece, en principio, la norma de la eficacia relativa de los contratos (...) dicha eficacia relativa no debe entenderse como estimatoria de los contratos como unidades absolutamente estancas, y por ello la doctrina científica, recogida por la jurisprudencia (...) reduce la norma antedicha de eficacia relativa de los contratos a la denominada eficacia indirecta de los mismos con respecto a terceros, especialmente en aquellos casos en que los terceros ostentan derechos que de algún modo encuentran su fundamento en anteriores contratos”.

terales”. No obstante tienen en su contra que resulta desde ellas de muy difícil explicación la función, básica en el crédito documentario, de garantía o de aseguramiento del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación subyacente que, frente al beneficiario, desenvuelve en el tráfico, al ser tal una consecuencia estrictamente jurídica, no explicable en términos económico-financieros, esto es como una consecuencia financiera de la realización económica y, en su caso, financiera, de operaciones en el mercado.

Elemento fundamental para recurrir a la explicación del crédito documentario como una serie de relaciones independientes es la falta de explicación por las tesis que buscan una explicación integrada del carácter y la amplitud de la “independencia” o “abstracción” del crédito documentario, al menos en nuestro ordenamiento jurídico<sup>(129)</sup>; a ello dedicamos el apartado siguiente.

## V. LA INDEPENDENCIA<sup>(130)</sup>, AUTONOMÍA O “ABSTRACCIÓN”<sup>(131)</sup> DEL CRÉDITO DOCUMENTARIO

Antes de entrar en el tema de la independencia o “abstracción” del crédito documentario<sup>(132)</sup>, preciso es efectuar una, siquiera brevísima, referen-

(129) FERNÁNDEZ-ARRESTO, J., y CARLOS BELTRÁN, L. de, opus cit. (*Derecho del Mercado Financiero*), pp. 322-323.

(130) En la STS de 7 de abril de 2000 (La Ley de 19-6-2000) tras indicarse que el beneficiario puede reclamar del banco el pago de la cantidad establecida para “cubrir la deuda” que pueda comportar “aquella operación (la existente entre el ordenante y el beneficiario en la que “descansa” el “contrato” de crédito documentario, “generalmente” una “compraventa”), se afirma: “...de la que son absolutamente independientes sus respectivas relaciones como ha llegado a establecer aquella S. 1984 y muy especialmente la de 25 de noviembre de 1992 **distinguiendo la independencia de las acciones derivadas de uno y otro contrato —las que surgen del contrato de compraventa a dilucidar entre comprador y vendedor, en las que el Banco resulta tercero ajeno, y las que surgen del crédito documentario irrevocable a dilucidar entre el Banco y el beneficiario del crédito que el Banco comunica— que hace imposible un trasvase que lleva al incumplimiento en uno de los contratos desde el otro rompiendo así los principios sentados en los antedichos artículos de CC (artículos 1091, 1255, 1256 y 1258, anteriormente citados en la sentencia) sobre su fuerza de ley, sobre la preeminencia de la buena fe en su cumplimiento y sobre la eliminación en este cumplimiento de toda arbitrariedad de parte y más aún de quien no tiene esa calidad”.** En el mismo sentido las SSTs de 3 de mayo de 1991 (R.A. 3559); 3 de marzo de 1991 (R.A. 2212) y 20 de julio de 1995 (R.A. 5716).

(131) En términos de la sentencia de casación italiana de 10 de abril de 1975: “el banco que abre un crédito o lo confirma con declaración de irrevocabilidad, asume frente al beneficiario una **obligación, autónoma, literal y abstracta**”.

(132) La independencia o autonomía del crédito documentario constituye una de sus características básicas, y hasta ahora no superada en las demás instituciones asociadas al tráfi-

cia a las relaciones jurídicas que se dan entre los intervinientes en la operación.

El negocio existente entre el ordenante y el beneficiario constituye la relación subyacente, en la que ordenante y beneficiario son partes <sup>(133)</sup> (p. ej. comprador y vendedor), conviniendo mediante la denominada “cláusula de crédito documentario” (lo que no excluye que pueda convenirse mediante un contrato aparte) que el pago se efectuará mediante la emisión de un crédito documentario, por un Banco (determinado concretamente o por referencia su categoría).

La prestación del consentimiento por parte del acreedor (Beneficiario) en la delegación de deuda, que puede ser tanto posterior como coetánea o anterior <sup>(134)</sup>, se lleva a efecto precisamente mediante aquella cláusula de “crédito documentario”, eventualmente, mediante contrato *ad hoc*. En todo caso, la problemática en torno al momento en el que el acreedor-beneficiario presta su consentimiento, se nos antoja una deriva histórica, pues hoy en día la noción misma de espacio y de tiempo han sufrido un cambio rotundo formulándose como una sola magnitud espacio-tiempo, por ello debe atenderse a la ordenación lógica de los acontecimientos, no a una ordenación meramente cronológica.

La relación existente entre el Ordenante y el Banco Emisor, ordinariamente se califica de comisión <sup>(135)</sup>, sin que pueda excluirse la calificación como

---

co mercantil internacional. Se vincula al origen mismo de la institución como lo demuestran las sentencias de los casos *Urquhart Lindsay & Co. v. Eastern Bank Ltd.* (1921) (en el que el Tribunal indicó que el banco estaba obligado a pagar si los documentos extendidos eran correctos, incluso aun cuando se hubieran recibido por el banco instrucciones en contra de su cliente, el ordenante), *American Steel Co. v. Irving National Bank* (1920) (en el que la alegación, por los demandados, de la desaparición del objeto del negocio o la frustración de su fin, no fue tomada en consideración por el Tribunal que condenó al banco emisor al pago), y *Frey & Sonn v. E.R. Sherburne & Co.* (1920).

(133) SÁNCHEZ CALERO, F., opus cit. (*Instituciones...*, t. II), p. 342.

(134) Negocio jurídico de autorización, DÍEZ-PICAZO, opus cit. (*Fundamentos...*, t. II), p. 844.

(135) Calificación acorde con nuestro ordenamiento jurídico: SÁNCHEZ CALERO, F., opus cit. (*Instituciones...*, t. II), pp. 343-344; GARRIGUES, J., opus cit. (*Contratos Bancarios*) lo calificó de mandato sin poder; contrariamente de lo que sucede en otros ordenamientos, así en el italiano se califica, como es natural, de mandato sin representación (COSTA, C., *Il credito documentario*, Turín, 1997, pp. 27-29), o en el inglés (GUTTERIDGE, H.C. y MEGRAH, opus cit., *The Law of Banker's...* que lo consideran contrato de agency, o en el alemán que se considera, generalmente, contrato de obra (EISEMANN, F., y EBERTH, R., opus cit., *Das Dokumentenakkreditiv...*, p. 83). Cuando es preciso distinguir entre crédito documentario revocable e irrevocable, por no tratarse unitariamente el crédito documentario, entonces parece que ha de aludirse respecto del crédito revocable al mandato de crédito, en esta relación, como hace CORTÉS, J.L., opus cit., *Curso de Derecho Mercantil...*, p. 558.

agencia<sup>(136)</sup> en determinados supuestos. Bien que carezca de la condición de representativa<sup>(137)</sup>, y no porque no se quiera revelar la identidad del comitente, sobradamente conocido por el Beneficiario, sino para afincar el compromiso directo del Banco, que no actúa *alieno nomine* sino *proprio nomine*. No es el caso de hacer cuestión de la posible contraposición crédito documentario irrevocable versus la libre revocabilidad de la comisión, que tradicionalmente ha sido uno de los más graves inconvenientes para calificar así aquella relación jurídica, al admitirse en nuestro ordenamiento sin problemas el mandato irrevocable<sup>(138)</sup>.

La relación existente entre el Banco Emisor, y en su caso Banco Confirmador, con el Beneficiario, ha de calificarse de negocio<sup>(139)</sup> atípico<sup>(140)</sup>, al que convencionalmente se le viene denominando “contrato de carta de crédito”<sup>(141)</sup>, que no obstante su denominación como “contrato”, nada obstaría, en tesis general, a su configuración como negocio jurídico unilateral de carácter recepticio, bien que esta última hipótesis encuentre, en nuestro ordenamiento, el obstáculo

---

(136) Vid. QUINTANS EIRAS, M.<sup>a</sup> Rocío, *Las obligaciones fundamentales del agente*, Madrid, 2001.

(137) Sobre la representación DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, pp. 241-248; NÚÑEZ LAGOS, R., “Mandato sin poder”, RDP 1946, p. 610; LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de Asís, LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J.; opus cit. (*Elementos de Derecho Civil*), Madrid, 1999, pp. 313-314.

(138) DÍEZ-PICAZO, L., opus cit. (*La representación...*), pp. 308-310.

(139) Sin que nada añadan las denominadas teorías de la aceptación presunta, de la aceptación tácita o de la aceptación previa. Podría admitirse su calificación como negocio jurídico unilateral de carácter recepticio, bien entendido que tal calificación: a) no rompe necesariamente la calificación de la relación jurídica como contractual, de admitirse los “contratos unilaterales”, b) arrostra el inconveniente de la inadmisibilidad de nuestro ordenamiento de la volunta unilateral como fuente de obligaciones.

(140) Sobre la prestación del consentimiento por el beneficiario, puede cuestionarse si para la delegación de deuda cumulativa, esto es no liberatoria, es necesaria su prestación, pues tal posibilidad se deduce de la STS de 20 de mayo de 1997, R.A. 3890, a cuyo tenor “No puede (...) confundirse el conocimiento por el acreedor de la subrogación habida entre el primitivo deudor y el deudor sustituto (relación perfectamente obligatoria entre ambos) con el consentimiento del acreedor que supondría en cuanto a este último (puede suponer, añadimos nosotros) la liberación del primitivo deudor”.

(141) SÁNCHEZ CALERO, F., opus cit. (*Instituciones...*, t. II), p. 342.

de tenerse que admitir previamente el carácter de “fuente de obligación” a los negocios unilaterales, lo cual es problemático<sup>(142)</sup>.

Volviendo a la independencia, autonomía o “abstracción” del crédito documentario ha de terse presente la referencia expresa que a la misma efectúan los artículos 3 y 4 RRUU<sup>(143)</sup>.

El conjunto de ambos artículos, sin parangón en otros conjuntos normativos, configura lo que se ha dado en llamar la “independencia o autonomía” del crédito documentario, excluyendo drásticamente cualquier posible interferencia entre el contrato o negocio subyacente y el crédito documentario, así como de las relaciones del Ordenante con el Banco Emisor o interbancarias respecto de la relación del Banco con el Beneficiario, que podrían considerarse como niveles diferenciados e incommunicantes.

Aquella nota característica hace referencia básicamente, pero no exclusivamente, a la desconexión entre el crédito documentario y el negocio subyacente o base, y se complementa con el deber de atención exclusivo a los documentos, pudiéndose cuestionar incluso si debe ser indiferente para el Banco que las obligaciones de su cliente, el ordenante, para con el beneficiario, existan o

---

(142) El argumento más contundente, probablemente, para la inadmisibilidad de los negocios unilaterales como fuente de obligaciones, viene constituido por una negación lógica, pues en tal caso se dejaría el cumplimiento a la libre voluntad de una parte. Efectivamente, como se indica en la RDGRN de 19 de septiembre de 1995, R.A. 6394, “...es elemento esencial para la existencia del contrato la concurrencia del consentimiento de los contratantes, esto es, su firme y definitiva voluntad sobre su objeto, causa y perfección (artículos 1261 y 1262 del Código Civil), lo que excluye que pueda dejarse la validez y el cumplimiento de los contratos al arbitrio de una de las partes contratantes (artículo 1256 del Código Civil) y determina la nulidad de las obligaciones condicionales cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del obligado (artículo 115 del Código Civil) todo ello sin perjuicio de las excepciones legalmente previstas”.

(143) Según el artículo 3 RRUU el crédito documentario es, “por su naturaleza”, una operación “independiente” del negocio subyacente o base (“de las ventas o de cualquier otro contrato en los que puedan estar basados y a los bancos no les afectan ni están vinculados por tal/es contratos, aun cuando en el Crédito se incluya alguna referencia al/a los mencionado/s contrato/s”) así como de las relaciones contractuales existentes entre los bancos o entre el Ordenante y el Banco Emisor.

En el artículo 4 RRUU se insiste en la autonomía o independencia del crédito documentario indicándose que “todas” las partes que intervienen en el mismo han de atenerse exclusivamente a los documentos sin considerar, en ningún caso, cualesquiera circunstancias referentes a la relación subyacente (“negocian con los documentos y no con mercancías, servicios y/u otras prestaciones, a que tales documentos puedan referirse”).

carezcan de real existencia<sup>(144)</sup>. Independencia o autonomía que no excluye, empero, la conexión económica con el contrato o negocio subyacente<sup>(145)</sup>.

## 1. El problema de la “causa” en el crédito documentario

El inconveniente más grave para tratar el crédito documentario en sede contractual ha sido la necesidad de conformarlo como un contrato abstracto<sup>(146)</sup>, por inoponibilidad al Beneficiario de excepciones derivadas de las demás relaciones jurídicas, según se establece en las RRUU, y dada la inadmisibilidad de tales contratos abstractos en nuestro ordenamiento jurídico<sup>(147)</sup>. No obstante ha de repararse en que cuando no se considera unitariamente la operación, el problema se torna insoluble, por más que la llamada “abstracción pro-

---

(144) Como señalaron las SSTs de 22 de junio de 1988, R.A. 5125, y 25 de noviembre de 1992, R.A. 9376, ese carácter independiente o autónomo “representa y significa un modo y una forma de concebir el tráfico jurídico fundado en la idea de seguridad jurídica” y tiene por “finalidad facilitar el tráfico mercantil sobre todo internacional”.

(145) Tal cual pone de manifiesto la STS de 3 de mayo de 1991, R.A. 3559, según la que “al margen de la autonomía o independencia entre el crédito documentario y el contrato subyacente, se destaca que no se trata de negocios absolutamente desvinculados y disociados de tal manera que lo convenido en uno tenga que funcionar con absoluta independencia respecto al otro, y que, partiendo de esta realidad, ambos por perseguir un mismo objetivo, han de procurar en lo posible, según las circunstancias que luego se relatan, encontrar un punto de comunidad que sirva para articular un entendimiento razonable al punto”.

(146) Según determinada jurisprudencia se trata de una operación “de carácter abstracto, desvinculada del contrato subyacente” (STS de 11 de marzo de 1991, R.A. 2212), y el crédito documentario es “abstracto e independiente de su causa” (STS 25 de noviembre de 1992, R.A. 9376; en el mismo sentido la de 6 de abril de 1992, R.A. 3036) y la de 7 de abril de 2000 (La Ley, 19-6-2000).

(147) “En el derecho español no es admisible el negocio abstracto, en su sentido técnico: ni en tema de transmisión, constitución, etc., de derechos reales, ni en terreno de las obligaciones. Únicamente cabe la llamada ‘abstracción procesal’ (...) aun cuando la causa sea un requisito de validez del contrato, sí es posible ocultarla en aquellos que lo toleren, es decir en las promesas y en las transmisiones, todos los cuales son contratos de reconocimiento”, LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de Asís, LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., opus cit. (*Elementos de Derecho Civil*), pp. 193-194. Indica SÁNCHEZ CALERO, F., opus cit. (*Instituciones...*, t. II), p. 342: “para evitar el problema de la virtual prohibición de los contratos abstractos, hay que considerar que las prestaciones a las que se compromete el banco frente al beneficiario tienen como causa —precisa y únicamente— la entrega por este último, de unos documentos correctos”. Sobre el sentido de la “abstracción” en nuestro ordenamiento vid. STS de 13 de febrero de 1998, R.A. 982. Destaca la STS de 28 de septiembre de 1998, R.A. 1025, que la “abstracción procesal (...) dispensa de probar la obligación cuya deuda se ha reconocido”.

cesal” aligere el deber de tener que probar la existencia de una causa lícita en cada uno de los contratos en que se descompone.

No obstante, si se toma en su dimensión de delegación de deuda el crédito documentario, la cuestión no ofrece mayores inconvenientes por cuanto el problema se considera en sede de crédito documentario en cuanto delegación de deuda y no en cada uno de los contratos que actúan la compleja operación, respecto de los que si, y solo si, se integran en la delegación puede banalizarse o motivarse la causa. Puede considerarse los siguientes pasos:

Primero.—Es preciso distinguir entre causa del contrato de asunción/delegación y causa del contrato/obligación del beneficiario, debiendo de concluirse que tanto la relación de cobertura como la de valuta se “externalizan”<sup>(148)</sup>, por lo que se produce, de por sí en el crédito documentario, en cuanto delegación, el fenómeno de una relativa abstracción, referible en particular de la relación del banco emisor con el beneficiario.

La externalización causal, del contrato y de la obligación, se produce por tratarse, el crédito documentario, en cuanto delegación, de un negocio que presupone siempre otro negocio, con la particularidad añadida de que la abstracción funciona en términos absolutos, dados los términos de las RRUU, al desligarse completamente de las relaciones originarias.

La estructura del crédito documentario es plurilateral, al menos trilateral, pero, por tratarse de una delegación de deuda, ni la relación de cobertura ni la relación de valuta se incorporan al mismo, en ningún caso, por lo que no será oponible al Beneficiario ninguna clase de excepciones basadas ni en la relación de cobertura ni en la relación de valuta<sup>(149)</sup>.

---

(148) Sobre la abstracción personal PAZ-ARES, C., “Naturaleza jurídica de la letra de cambio” en *Derecho Cambiario*, Madrid, 1986, pp. 205-206.

(149) Indica GARRIGUES, J., opus cit. (*Contratos Bancarios*), pp. 612, 635-636 que “la asunción de deuda de pago por el Banco acreditante no es abstracta, el Banco asume esa obligación o bien porque ha concedido crédito o bien porque tiene fondos de éste a su disposición. **Pero sí es independiente de la compraventa y, por los tanto, abstracta respecto a ella** (...) este carácter (...) más discutible respecto del contrato de apertura de crédito, dado que la prestación del Banco se funda en el hecho de haber abierto un crédito documentario al comprador o en el hecho de tener éste a su disposición fondos en el Banco. Enlazada así la obligación del Banco al contrato de apertura de crédito o al contrato de depósito bancario, la causa de esa obligación será una causa *solvendi* encarnada en la restitución de fondos al depositante o en la realización del crédito abierto al cliente./Ahora **bien una vez emitida por el banco y recibida por el beneficiario la carta de crédito, esa causa se esfuma y pasa a primer plano le mera declaración o compromiso del Banco frente al vendedor. En este sentido la obligación del Banco es automática y abstracta porque funciona con independencia tanto de la relación de provisión como de la relación de valuta...**”.

Segundo.—Se ha de determinar la causa del crédito documentario utilizando un concepto “funcional”<sup>(150)</sup> de causa<sup>(151)</sup>, establecido que su causa no está ni en la relación de valuta ni en la relación de cobertura. Entendiendo que se trata de un negocio oneroso, conforme con el artículo 1274 CC, el beneficiario, en tanto acreedor, acepta o conviene respecto de su crédito la traslación de la deuda (permite la inclusión en la relación de un nuevo deudor como deudor principal, esto es del banco emisor, que se suma al ordenante) a cambio de que el banco emisor y, en su caso, banco confirmador, en cuanto delegado/asumente se obligue a realizar la prestación, de manera principal, del deudor (ordenante) y viceversa (éste, el ordenante, se obliga en tanto aquél, el beneficiario, convenga la traslación)<sup>(152)</sup>.

Si el mecanismo operatorio fuera el de la previa conclusión del contrato de delegación entre el ordenante y el banco emisor, la explicación causal es parcialmente diferente (el beneficiario se obliga a cambio de que el ordenante se obligue a efectuar la traslación de la deuda), pero para nada altera la consideración de la causa en la relación que surge en sede del crédito documentario y no en las relaciones de cobertura y de valuta. Que el crédito documentario suponga una delegación no liberatoria sino acumulativa de deuda en absoluto modifica las anteriores consideraciones. El Banco emisor al obligarse frente al beneficiario, sin incorporar al negocio las relaciones de valor ni de cobertura, no puede oponerle ni el fracaso de la relación de valor ni el fracaso de la relación de cobertura<sup>(153)</sup>.

El, valga la expresión, extrañamiento de las relaciones de valuta y de provisión, respecto del crédito documentario, produce como consecuencia que los componentes o deberes accesorios de la deuda no se trasladen al deudor incorporado, al banco emisor.

---

(150) MORALES MORENO, “El ‘propósito práctico’ y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro”, ADC 1983, pp. 1536 ss.; BASOZABAL, X., opus cit. (*El contrato de asunción de deuda*), p. 141; DÍEZ-PICAZO, L., opus cit. (*Fundamentos...*, t. I), pp. 235-236. Sobre la causa de la obligación BONET BONET, F.V., “Consideraciones sobre la prestación y la causa” en *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, vol. II, Madrid, 2001, p. 1471.

(151) Que no tiene que ver con la “abstracción funcional”, postulada por Fernández-Armesto, J., opus cit., p. 240, de los negocios de ejecución propios del Derecho alemán (*Erfüllingsgeschäfte*).

(152) Vid. BASOZABAL, X., opus cit. (*El contrato de asunción de deuda*), p. 142 y nota 222.

(153) Cuestión diferente sería si el banco emisor se hubiera obligado no frente al Beneficiario, sino frente al deudor (Ordenante) pues en tal caso sí podría oponer al acreedor (Beneficiario) las excepciones derivadas tanto de la relación de valor como de cobertura.

## 2. Excepciones oponibles<sup>(154)</sup> por el Banco Emisor

El banco emisor, en cuanto asumente/delegado, puede argüir frente al acreedor/beneficiario las excepciones derivadas de la relación que le vincula con el mismo, señaladamente los incumplimientos de los términos de la carta de crédito, extremo que, no obstante, presenta alguna duda dadas las peculiaridades que pueden al respecto observarse en el crédito documentario.

De las excepciones derivadas de la relación de cobertura y de valuta trataremos a continuación con más detenimiento, baste aquí con dejar apuntado que las RRUU se encargan de dejar aclarada la intangibilidad del mismo por cualquier consecuencia derivada de aquellas relaciones, precisando que no son aducibles pretensiones u oponibles excepciones fundadas en las mismas.

No obstante, fuera de aquellas relaciones de cobertura y de valuta, se puede dudar de la posibilidad de que el Banco Emisor alegue con eficacia tres tipos de excepciones frente al Beneficiario: a) el incumplimiento del Beneficiario en la relación subyacente, por la concurrencia de circunstancias extraordinarias (fuerza mayor), cuando no deba soportar las consecuencias de tal concurrencia el Ordenante; b) la excepción de compensación y, c) la de dolo del deudor en el contrato de delegación.

La falta de entrega de las mercancías a causa de la concurrencia de fuerza mayor, cuando el Ordenante no ha de soportar su concurrencia, resultando acreditada la relación de causalidad, ha sido objeto de resoluciones judiciales contrapuestas.

Efectivamente, en una resolución judicial<sup>(155)</sup> de 1941, se denegó la petición del Ordenante para que el Banco no pagase, aun concurriendo circunstancias bélicas que implicaban a las partes en el negocio subyacente, por considerar que acceder a la misma (“injunction”) sería tanto como trasladar el riesgo que el Ordenante (en cuanto comprador) habría asumido al Banco o incluso al Beneficiario y admitir la desconexión económica total entre el contrato subyacente (que se autorizaba a resolver) y la obligación del Banco (al que se obligaba a cumplir).

Por el contrario en otro caso<sup>(156)</sup>, fallado en mismo año, se adoptó la solución contraria, se accedió a la medida cautelar solicitada, ordenando al Banco

---

(154) Utilizo el término oponer, en sentido vulgar, no técnico o correlativo de oponibilidad/inoponibilidad. En sentido técnico, como rasgo estructural de las situaciones jurídicas, vid. PAU PEDRÓN, A., *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*, Madrid, 2001.

(155) Caso Gob v. Manufactures Trust Co. (1941).

(156) Nadler v. Mei Long. Corporation of China (1941).

no efectuar el pago, so capa de la concurrencia de que circunstancias tan extraordinarias, precisamente una guerra, impedían atenerse a los patrones normales en el tráfico comercial.

En relación con la segunda de aquellas oposiciones, esto es con la posibilidad de oponer al beneficiario la excepción de compensación, derivada de otras relaciones que les vinculen, no parece que deba dudarse, si se dan los requisitos exigidos <sup>(157)</sup>, de la posibilidad de oponer la compensación el Banco Emisor al Beneficiario <sup>(158)</sup>, siempre que se trate de un crédito propio; sin embargo si el crédito a compensar fuera del Ordenante no parece que sea admisible que el Banco emisor pueda alegar su compensación, suponiendo que se hubiere operado y no por evitar la “sorpresa” del Beneficiario sino por reconocer la intangibilidad del crédito documentario.

Respecto de la oposición o posible impugnación, reconvencional en su caso, por dolo del deudor en el contrato de delegación, ha de repararse que el deudor (Ordenante) es un tercero con respecto de la relación del asumente/delegado (Banco emisor) con el acreedor/delegatario (Beneficiario), sin que exista razón alguna para procurar protección al Banco emisor a costa del beneficiario (acreedor/delegatario), salvo que el Beneficiario conociese el dolo del Ordenante y en aras del principio de buena fe. Cuestión diferente es que el Banco emisor pueda ejercitar contra el delegatario la acción por enriquecimiento injustificado <sup>(159)</sup>.

### **3. En particular excepciones derivadas de las relaciones de cobertura y de valuta**

Las excepciones derivadas de la relación subyacente, así como del contrato existente entre el Ordenante y el Banco Emisor, no son oponibles al Beneficiario <sup>(160)</sup>.

---

<sup>(157)</sup> Artículos 1195 y 1196 CC, con el supuesto singular de la “compensación judicial”, STS de 18 de enero 1999, R.A. 39.

<sup>(158)</sup> Art. 1271 Codice Civile.

<sup>(159)</sup> Sobre el enriquecimiento injustificado DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, Madrid, 1987.

<sup>(160)</sup> Bien que existan ordenamientos que permiten la oponibilidad de excepciones basadas en el negocio subyacente, como el artículo 899 del Código de Comercio de Honduras.

Efectivamente el banco no puede oponer al beneficiario las excepciones derivadas de su relación con el ordenante<sup>(161)</sup>, bien que no se confundan aquellas excepciones con las que puedan tener su origen en un privilegio personal del “Banco emisor”<sup>(162)</sup>.

En este sentido se ha destacado que la independencia que adquiere la relación jurídica del banco emisor con el beneficiario, respecto de la relación causal que le vincula con el ordenante, es una consecuencia de la estructura misma de la operación.

Tampoco puede el Banco Emisor oponer al beneficiario las excepciones que tengan su origen en la relación del ordenante con el beneficiario, y que tiene una doble dimensión, esto es que el Banco Emisor: a) no puede oponer al beneficiario la disconformidad entre los documentos presentados y el contrato o negocio subyacente, constituyendo manifestación expresa de esta inoponibilidad el artículo 4 RRUU<sup>(163)</sup>, y que, b) si se han presentado los documentos cumpliendo los términos y condiciones de la carta de crédito, debe cumplir con sus obligaciones con independencia de las vicisitudes del negocio o contrato subyacente<sup>(164)</sup>.

---

(161) La jurisprudencia norteamericana ha sido contundente en este punto, desde el caso *Ernesto Foglino & Co. v. Webster*, 1926, en el que el Tribunal estableció que “la ley impide al banco que abre el crédito negarse a realizarlo fundándose para ello en las relaciones contractuales que existen entre el banco y su depositante”, doctrina que se reiteró en el caso *Fire Wisconsin Na’t Bank v. Ofsyth Leader Co.*, 1926, añadiéndose que aun cuando el ordenante viniese en quiebra el banco estaba obligado a pagar si el beneficiario cumplía con los términos y condiciones del crédito documentario.

(162) Si se tratase de un Banco Central y a los efectos de toda posible ejecución, tal como aconteció en los casos *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* (1977), *Czarnikow Ltd. Centralia Handlu Zagranieznego Rolimpex* (1978), *Hispano Mercantil S.A. v. Central Bank of Nigeria* (1979), *Etablissement Esefeka International Anstalt v. Central Bank of Nigeria* (1979), etc.

(163) Tal como ya se indicó en los casos *Urquhart Lindsay v. Eastern Bank Ltd.*, 1921, *Banco Italo Belga v. Crédito Industrial y Comercial Argentino*, 1923, *Venezelos S.A. v. Chase Manhattan Bank*, 1970, y *Dulien Steel Products v. Bankers Trust Co.*, 1960). Precepto que aparece ya recogido en las primeras recopilaciones de usos bancarios (así el art. 1 de la recopilación efectuada por la Confederación de Crédito Comercial de los Banqueros de Nueva York en 1920, también en las reglas adoptadas por la Unión Sindical de Banqueros de París y su Región en 1925, en las Reglas adoptadas por la Asociación de Banqueros de Berlín en 1923 relativas a las transacciones de créditos, en las Reglas sobre Créditos Documentarios de la Asociación Bancaria Italiana de 1925 y en las Reglas de la Asociación Holandesa de Banqueros de 1930.

(164) Llegando a indicar la sentencia del Tribunal de apelación de Milán de 11 de enero de 1980 que no es posible oponer al beneficiario el carácter ficticio del negocio subyacente.

Desde otra perspectiva resulta que el Banco emisor también es inmune a cualquier reclamación o excepción que le puedan oponer el ordenante o el beneficiario basada en el negocio subyacente <sup>(165)</sup>.

Ciertamente una interpretación gramatical de la expresión “términos y condiciones del Crédito”, de continuo utilizada en las RRUU (artículos. 2, 8, 9 etc.), puede llevar a la consideración de que el cumplimiento de las obligaciones del Banco Emisor puede someterse a la realización de determinados actos o negocios jurídicos, bien que con reflejo documental. No obstante, un análisis más atento de aquella expresión lleva necesariamente a otra conclusión.

Su alcance exacto se deduce de los artículos 13 y 14 RRUU, si se repara en que siempre que se emplea tal expresión es para referirse a aspectos documentarios o a otros elementos de las relaciones jurídicas, pero que técnicamente no operan como condición ni suponen la realización de actos o negocios jurídicos inmediatamente vinculados al crédito documentario, pudiéndose distinguir dos aspectos concretos:

a) Que el beneficiario para lograr la prestación del banco emisor tendrá que presentar los documentos, que normalmente serán el resultado de la realización de determinados actos o negocios jurídicos (suficientes para satisfacer el interés del ordenante), pero que en todo caso son anteriores y extraños al crédito documentario, sin que para el banco emisor sea relevante que los documentos sean consecuencia y respondan a la realización de aquellos actos o negocios y no a otros, ni la realidad de tales actos o negocios, con los límites derivados de la falta de buena fe (fraude y estafa).

b) Que si se tiene que presentar un documento que sea manifestación de un hecho negativo, un incumplimiento, ni se produce inversión alguna de carga de la prueba, ni aun procurándose aquella y acreditándose por el ordenante, con anterioridad a la realización de la prestación por el Banco Emisor (Confirmador o Pagador), el cumplimiento total o parcial, el Banco, de presentarse el documento requerido y conforme con los términos y condiciones del crédito por el beneficiario, puede dejar de cumplir <sup>(166)</sup>, salvo los supuestos de dolo o engaño (fraude).

---

(165) Según la STS de 22 de junio de 1988 (RA 5125) el negocio abstracto “constituye un intento de independizar el efecto jurídico de las posibles anomalías y vicisitudes de que pueda adolecer el *iter* contractual causante de dicho efecto jurídico. Se trata en definitiva de que éste se produzca a pesar de aquellos y que el destinatario o beneficiario del efecto jurídico no se vea afectado por ello”.

(166) Aun cuando el documento a presentar por el beneficiario consistiera en una declaración, propia o de un tercero (un técnico) o una resolución jurisdiccional o arbitral, que acreditase un incumplimiento, el banco habrá de examinarlo desde la perspectiva documentaria, de si su contenido se ajusta al indicado en la carta de crédito, sin que le sea permitido, al banco emisor, valorar si realmente existió el incumplimiento en la relación subyacente o si el documento es suficientemente demostrativo del incumplimiento. Como sucedió en el caso Banco Unión S.A. v. Banque Worms S.A. (1987).

En este mismo orden de ideas puede afirmarse que el banco emisor es inmune a cualquier reclamación o excepción del ordenante basada en la relación de éste con el beneficiario, aun cuando sea diferente del negocio o contrato subyacente. Efectivamente, del tenor del artículo 3.a) RRUU el Ordenante no puede excepcionar al Banco Emisor cuestiones referidas a su relación con el beneficiario, ni siquiera cuando éste hubiera efectuado una cesión de créditos a su favor.

Por su parte el beneficiario no podrá efectuar reclamaciones u oponer excepciones al banco emisor basadas en las relaciones existentes entre bancos o entre el ordenante y el banco emisor. Este efecto, que resulta concretamente establecido en el artículo 3.b) RRUU, tiene un alcance nada desdeñable al suponer que la relación del banco emisor con el beneficiario es ajena a cualquier tipo de efecto indirecto o reflejo de relaciones que tienen lugar y se desenvuelven en el seno de la operación del crédito documentario, que no se podrán alegar por el beneficiario, ni siquiera como hecho.

Esta previsión cierra la relación del banco emisor con el beneficiario a cualquier influencia extraña a la propia relación, produce junto con los demás efectos aludidos, valga la expresión, un “efecto burbuja”, en la medida en que la relación citada queda fuera de cualquier influencia directa o indirecta de otros tipos de relaciones jurídicas.

La exclusión de la relación de cobertura de la causa de la delegación de deuda haría que fuera necesario causalizarla, voluntariamente, para que pudiera fundamentarse en ella alguna excepción a alegar por el Banco Emisor frente al Beneficiario, que no es el caso, pues alejaríamos de éstos ante un crédito documentario (al que son inherentes la independencia y abstracción) para pasar a tratarse de una simple delegación de deuda causalizada.

Incluso ha de considerarse que cualquier referencia a la relación de cobertura contenida en la carta de crédito (modificación al beneficiario) no significa que se esté incorporando a la causa del crédito documentario <sup>(167)</sup>.

---

(167) Efectivamente es claro el tenor del artículo 3.a) RRUU, establece: “**Los Créditos son, por su naturaleza, operaciones independientes de las ventas o de cualquier otro contrato en los que puedan estar basados y a los bancos no les afectan ni están vinculados por tales contrato/s, aun cuando en el Crédito se incluya alguna referencia al/a los mencionado/s contrato/s**”. En este apartado se ocupan las RRUU de señalar la independencia causal y la prohibición de causalización de la relación de cobertura, que parece explícita en el apartado anterior. Además también se ocupan las RRUU de eliminar cualquier referencia causal a la relación de valuta, bien que tal resulte implícita a la referencia contenida en el apartado b) de aquel artículo 3 RRUU: “**El Beneficiario no podrá, en ningún caso, hacer uso de las relaciones contractuales existentes entre los bancos o entre el Ordenante y el Banco Emisor**”.

Al ser acumulativa la asunción/delegación resulta que el Ordenante sigue siendo parte contractual en la relación de valuta, por lo que será en esa relación en la que habrán de despejarse las posibles dudas acerca de validez o existencia de la misma, operando en su caso el Banco Emisor su reintegro mediante una pretensión por enriquecimiento injustificado. Cualquier otra solución chocaría frontalmente con las RRUU, por más que pudiera defenderse la oportunidad y conveniencia de tal medio de defensa<sup>(168)</sup>.

## VI. LA BUENA FE. LÍMITE A LA INDEPENDENCIA DEL CRÉDITO DOCUMENTARIO: LA *EXCEPTIO DOLI*. LA CUESTIÓN DEL FRAUDE (*FRAUS OMNIA CORRUMPIT*) Y LA FALSIFICACIÓN EN LOS DOCUMENTOS

La buena fe constituye vehículo de irrupción de la moral<sup>(169)</sup> y la ética en el Derecho. “Ética práctica” cuya definición es asunto de juristas, que actúa “*iuris civilis iuvandi, supplendi o corrigendi gratia*”<sup>(170)</sup>.

La negación de la buena fe, el fraude, constituye un límite al cumplimiento del Banco Emisor y ha sido objeto de regulación específica en el Derecho norteamericano<sup>(171)</sup> así como también en la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes<sup>(172)</sup>. En el

---

(168) La imposibilidad de defensa del Banco Emisor, en base a las relaciones de provisión o de valuta, a instancias del Ordenante, o *de motu proprio*, aparece explícita en el siguiente inciso del artículo 3.a) RRUU: “**Por lo tanto, el compromiso por parte de un banco de pagar, aceptar y pagar instrumento/s de giro o negociar y/o cumplir cualquier obligación incluida en el Crédito no está sujeto a reclamaciones o excepciones por parte del Ordenante, resultantes de sus relaciones con el Banco Emisor o con el Beneficiario**”.

(169) RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1949, p. 157; CASTRO, F. de, *Derecho Civil Español* (Parte General, T. I, libro preliminar, *Introducción al Derecho Civil*), Madrid, 1967 (2.<sup>a</sup> ed.), p. 16; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (vol. I, *Introducción. Teoría del contrato*), Madrid, 1993, pp. 48 y ss. En la jurisprudencia pueden citarse las SSTs de 8 de julio de 1981 (R.A. 3053); 4 de marzo de 1985 (R.A. 1107); 6 de febrero de 1987 (R.A. 685) y las fundamentales de 22 de mayo de 1986 (R.A. 2609) y 6 de junio de 1991 (R.A. 4421).

(170) WIEACKER, F., *Zur Rechtstheoretische Präzisierung des 242 B.G.B.*, Tübingen, 1956, pp. 34 y ss. También en *El principio general de la buena fe*, Madrid, 1986, pp. 98 y ss.

(171) Sección 5-14 UCC/5-109 UCC tras la reforma de 1995.

(172) Artículo 19.

primero se alude expresamente a la falsificación y al fraude, en la segunda se hace referencia explícita a la falsificación y se describen situaciones de hecho, impositivas del cumplimiento del Banco, fraudulentas.

En aquellas regulaciones además se alude constantemente a la buena y a la mala fe<sup>(173)</sup>, consecuencia de su condición de principio básico de la *lex mercatoria*, que opera con singular eficacia en los contratos internacionales<sup>(174)</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, la buena fe puede considerarse como una cláusula general<sup>(175)</sup> (una clase de enunciado normativo, *ex* artículos 7.1 y 1258 CC<sup>(176)</sup>) o como un principio general del Derecho<sup>(177)</sup>. En materia de

---

(173) BARNES, J.G., “Defining good faith letter of credit practices”, LLAR, núm. 28, 1994, pp. 107 y ss.

(174) OSMAN, F., *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, París, 1992, p. 19, ss.; GHESTIN, J., *Traité de Droit Civil. La formation du contrat*, París, 1976 (3.<sup>a</sup> ed.), pp. 235-236.

(175) WIEACKER, F., *opus cit.* (*Zur Rechtstheoretische...*), pp. 33 y 41-42; EGLISCH, K., “Einführung in das juristische Denken” en *Introduzione al pensiero giuridico*, Milán, 1970, p. 193 y ss.; MENGONI, L., “Spunti per una teoria delle clausole generali”, en *Il principio di buona FIDE*, Milán, 1987, pp. 3-18.

(176) Comparables al parágrafo 242 BGB y al artículo 1375 del Codice Civile.

(177) RODOTÀ, S., “Conclusion: il tempo delle clausole generali” en *Il principio di buona FIDE*, Milán, 1987, pp. 247-272; ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, 1994, pp. 208 ss. También en “Theorie der Grundrechte” en *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1993, pp. 607 y ss.; CASTRO, F. de, *opus cit.* (*Derecho Civil Español*) pp. 421 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, 1963, pp. 13-69. También en el Prólogo al libro de Viehwerg, T., *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, 1964; Díez-PICAZO, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1963, pp. 503 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, A., *Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe*, Madrid, 1979, pp. 59 y ss.; FERREIRA, D.M., *La buena fe. El principio general en el Derecho civil*, Madrid, 1984, pp. 356 y ss.; MIQUEL, J.M., “Artículo 7” en *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1991, pp. 37-56; GETE ALONSO, M.<sup>a</sup> del C., “Artículo 7” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1992, pp. 863-931. La jurisprudencia lo ha tratado como uno de los “principios cardinales” (SSTS de 19 de junio de 1985, R.A., 3300; 21 de septiembre de 1987, R.A. 6186; 20 de febrero de 1988, R.A. 1072; 21 de octubre de 1988, R.A. 7595; 28 de febrero de 1990, R.A. 726; 15 de noviembre de 1990, R.A. 8712; y 22 de octubre de 1991, R.A. 7234, entre otras), uno de los “principios básicos” (STS de 27 de diciembre de 1987, R.A. 9042 y 4 de marzo de 1991, R.A. 1822), “fundamentales” (STS de 8 de julio de 1988, R.A. 588), “esenciales” o “informadores” del ordenamiento jurídico (SSTS de 14 de enero, 19 de junio y 5 de julio de 1985, RR.AA. 42, 3300 y 3642).

contratos,<sup>(178)</sup> es sabido que fraude<sup>(179)</sup> se emparenta con dolo<sup>(180)</sup>, que no alude entonces a la intencionalidad de causar un concreto daño, sino que significa fundamentalmente engaño (artículo 1269 CC) causado maliciosamente<sup>(181)</sup>, de ahí la vinculación con la *exceptio doli* que desde esta perspectiva puede admitirse en nuestro Derecho<sup>(182)</sup>.

En materia de créditos documentarios, se alude a fraude como sinónimo de engaño, como equivalente a una conducta contraria a la buena fe contractual, a

---

(178) LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de Asís, LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., opus cit. (*Elementos de Derecho Civil...*, t. I, vol. tercero), p. 104 indican que “la buena fe sólo puede predicarse de la actitud de uno en relación con otro (y viceversa): significa que este otro, según la estimación habitual de la gente, puede esperar determinada conducta de uno, o determinadas consecuencias de su conducta o que no ha de temer otras distintas y perjudiciales: una lealtad, un obrar en comportamiento recíproco de acreedor y deudor”. La proyección contractual de la buena fe ha sido puesta de manifiesto en diferentes sentidos por nuestra jurisprudencia, así en las SSTs de 9 de octubre de 1993 (R.A. 8174) y 17 de febrero de 1996 (R.A. 1408) se dice: “la buena fe contractual, entendido este concepto en su sentido objetivo, **consiste en dar al contrato cumplida efectividad, en orden a la realización del fin propuesto**, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento”. Bien que en las SSTs de 31 de octubre de 1984 (R.A. 5158) y de 31 de diciembre de 1998 (R.A. 9988) se indica: “para que el principio de la buena fe tenga virtualidad es esencial que los actos realizados sean jurídicamente eficaces y que sean válidos en derecho y suficientes para producir un efecto jurídico”. La STS de 18 de octubre de 1982 (R.A. 5564) establece: “el principio de buena fe no puede ser amparador de actos que por su ilicitud no han debido nunca existir”.

(179) “Engaño, inexactitud consciente, abuso de confianza que produce o prepara un daño, generalmente material (...) Acción contraria a la Ley o a los derechos por ella protegidos, realizada con intención de lucro, mediante engaño...”, *Diccionario Trivium de Derecho y Economía*, Madrid, 1998, voz “Fraude”, p. 308.

(180) COSSÍO, A., *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, especialmente pp. 230 y ss.

(181) “Vicio de la voluntad relevante diferenciado del error, de modo que el engaño que sufre un contratante causado maliciosamente por el otro puede alegarse en solicitud de anulación del contrato”; LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de Asís, LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., opus cit. (*Elementos de derecho civil...*, t. I, vol. tercero), p. 161; “implica una conducta o actuación maliciosa llevada a cabo mediante la falacia o el engaño”, STS de 8 de octubre de 1988 (R.A. 7397).

(182) DÍEZ-PICAZO, L., opus cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*), p. 52; dudosamente puede admitirse la *exceptio doli generalis* a que alude NATOLI, U., “L’attuazione del rapporto obbligatorio” en *Trattato di diritto civile e commerciale* (XVI, t. I), Milán, 1974, pp. 37 y ss.

la buena fe en sentido objetivo<sup>(183)</sup> y por ello ilícito, contrario a Derecho, que además de no estar protegido por ser dañoso obliga a resarcir<sup>(184)</sup>. En este trabajo nos limitamos a un tratamiento general del fraude en el crédito documentario remitiéndonos a lo que ya he dicho en otro lugar sobre el fraude en la carta de crédito “standby”<sup>(185)</sup>.

La exigencia de un actuar, en el negocio subyacente, conforme a la buena fe, no supone que pueda considerarse con la misma eficacia impeditiva del cumplimiento del Banco al fraude<sup>(186)</sup> y al abuso de derecho (artículo 7.2 CC) que provenga de circunstancias objetivas (cuando se da un exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho). No obstante podría, en este extremo, diferenciarse entre los créditos documentarios que se desenvuelven en el tráfico internacional y los que se desarrollan en el tráfico doméstico. En el ámbito de aquel tráfico parece que se mantiene incólume la máxima *qui iure utitur neminem laedit*, lo que sin embargo con más dificultad puede afirmarse en las transacciones comerciales domésticas si se dan todos los requisitos exigibles para la

---

(183) A partir de la STS de 8 de abril de 1981 (R.A. 3053) la buena fe a la que se refieren los artículos 7 y 1258 CC no es la subjetiva sino la objetiva, que así se puede considerar principio general del Derecho.

(184) LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de Asís, LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., opus cit. (*Elementos de Derecho Civil...*, t. I., vol. tercero), p. 104. Del carácter expansivo de la exigencia de buena fe en cualquier actuación da idea el artículo 247 LECiv. Sobre el daño patrimonial en el delito de estafa SAP de Madrid de 28 de noviembre de 2000 (NORMACEF).

(185) “La carta de crédito standby” en *Instituciones del Mercado Financiero*, Madrid, 2000, pp. 1027-1042. Ha de considerarse la peculiaridad de aquella modalidad de carta de crédito. Efectivamente la jurisprudencia ha venido admitiendo progresivamente la posibilidad de operaciones autónomas o independientes (primero con el reconocimiento de deuda, hasta admitirlo respecto del crédito documentario, y posteriormente respecto de las garantías a simple demanda), punto en el que la carta de crédito “standby” mantiene una posición estratégica. Efectivamente, de una parte, como crédito documentario recibe toda la autonomía que le caracteriza, de otra como manifestación extrema de la función aseguradora o garantizadora de esa institución recibe toda la elaboración doctrinal y jurisprudencial acerca de la independencia de las garantías a demanda. La singularidad de la carta de crédito “standby” se reconoce por la propia CCI al aprobar las “International Standby Practices -ISP98” el 6 de abril de 1998 (con vigor desde el 1 de enero de 1999), como ICC publicación núm. 590.

(186) Sobre los elementos integrantes del delito de estafa SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 15 de abril de 1996 (R.A. 3701); 7 de noviembre de 1997 (R.A. 8348, y 6 de marzo de 2000 (R.A. 1115).

existencia del abuso de derecho, por más que en todo caso tal abuso de derecho tenga la impronta de remedio de carácter extraordinario<sup>(187)</sup>.

La referencia conjunta a la falsificación y al fraude<sup>(188)</sup>, habitual en el crédito documentario y tanto en la doctrina continental como norteamericana (para lo que encuentra su apoyo en la Sección 5-114 UCC), requiere precisar cada uno de aquellos conceptos, determinar su alcance y, al propio tiempo fijar el criterio de vinculación entre ambos.

En las RRUU no se contiene referencia explícita al fraude, pero sí debe de entenderse comprendido en aquellas Reglas por inducción, a partir de la limitación de responsabilidad que se efectúa en sus artículos 15, 16, 17 y 18. La alusión explícita a la buena fe significa, en el contexto en que se efectúa, tanto como hacerlo a la mala fe, a la actuación maliciosa, al engaño, al fraude.

Falsificar puede significar alteración sobrevenida de un documento originario preexistente (supresión, sustitución, modificación o adición del contenido), la creación *ex novo* de un documento aparentando su carácter originario<sup>(189)</sup> o la imitación fraudulenta. Su diferenciación del fraude radica en que éste último se desenvuelve en el ámbito puramente intelectual. Se trata pues de una actividad material y otra intelectual que no han de darse juntas pero que de ordinario muestran una estrecha vinculación<sup>(190)</sup>, al extremo que la falsificación constituye el instrumento más típico para la comisión del fraude<sup>(191)</sup>.

---

(187) LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de Asís, LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., opus cit. (*Elementos de Derecho Civil...*, t. I, vol. tercero), pp. 108-115.

(188) Sobre el concurso ideal de delitos entre falsificación de documento mercantil y estafa y concurso de leyes entre falsificación en documento privado y estafa vid. SAP de Valladolid de 26 de febrero de 2001 (NORMACEF).

(189) En términos de la STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 4-11-1989 (RA 8554) el término falsedad “sí suscita la idea de voluntad dirigida intencionadamente a faltar a la verdad, porque en el uso actual, que es el que en realidad interesa (...) o conforme al uso que se le dé ordinariamente, es claro que hay falsedad cuando se falta a la verdad y es falso aquello que es incierto o no verdadero, sin hacer referencia a la voluntad del autor o a su negligencia en cuanto al origen de la falsedad”.

(190) Ejemplar al respecto es la sentencia Old Colony Trust Co. v. Lawyers' Title & Trust Co. (1924).

(191) La STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 14 de mayo de 1984, R.A. 2611, no da lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de 16 de octubre de 1982 de la Audiencia Provincial de San Sebastián que había condenado al recurrente por estafa en un crédito documentario (aun cuando realmente se trataba de un cobro documentario) en el que para obtener la entrega de las

La falsificación concurre, en ocasiones, con otros medios para lograr la finalidad de engaño propuesta, como pueden ser sociedades interpuestas o buques con nombre y registros cambiados <sup>(192)</sup>.

El fraude en el crédito documentario puede ser analizado según quien resulte perjudicado, bien que en todos los supuestos haya además de exigirse la concurrencia de los elementos necesarios para considerar existente el dolo como vicio relevante del negocio, esto es, se pueden distinguir dos grupos de supuestos en conducta(s) artificiosa(s), ánimo de engañar y el carácter determinante del engaño <sup>(193)</sup>:

A) Cuando mediante la utilización de medios engañosos, conscientemente dolosos, el beneficiario va a procurarse una ventaja patrimonial, sin contraprestación, que causa un daño patrimonial al ordenante, en cuanto ambos son parte en el negocio subyacente o base. Circunstancia que no excluye que pueda estarse causando también un daño al Banco Emisor o a los otros Bancos intervinientes en el crédito documentario.

B) La colusión del ordenante y el beneficiario que, de común acuerdo, procuran obtener una ventaja patrimonial <sup>(194)</sup>, causando el daño patrimonial al Banco Emisor. En este supuesto no se altera el principio de independencia o abstracción del crédito documentario, el fraude se desenvuelve íntegramente en el ámbito del crédito documentario, sin afectar al negocio o contrato subyacente (base), el cual incluso puede ser imaginario o no existir. En estos supuestos se tratará de saber si ha cumplido debidamente el Banco Emisor su obligación más típica, la del examen de los documentos.

Cuando se trata del fraude y de la falsificación en los documentos el protagonismo del Banco Emisor es evidente, pero también lo es en el supuesto de fraude en la transacción, que no supone un mero efecto reflejo en la relación del

---

mercancías el comprador falsificó las facturas y los certificados de origen entregándolos en la Aduana en tanto los documentos permanecían en poder del banco encargado del cobro, resolución jurisdiccional que tiene un limitado interés, en tanto que los documentos hubieron de ser analizados por la Aduana.

(192) Paradigmático al respecto es el caso *Shell International Petroleum Co. Ltd. v. Gibes the Salem*, más conocido como *The Salem*, 1982, en el que los defraudadores utilizaron los tres medios indicados.

(193) LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de Asís, LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., opus cit. (*Elementos de Derecho Civil...*, t. I, vol. tercero), p. 163.

(194) *Rasanjan Pistachio Producers Co-operative v. Bank Leuni (U.K.) plc.*, 1992.

banco con el beneficiario<sup>(195)</sup>, sino que, muy al contrario, la presentación de documentos aparentemente regulares es elemento constitutivo del engaño, pudiendo ser directamente perjudicado el Banco Emisor tanto por la posible inexistencia de reembolso (el ordenante puede devenir insolvente a consecuencia del fraude), como por la pérdida de la garantía que suponen los documentos.

Llama la atención que, en el artículo 15 RRUU, la referencia a la falsificación aparece inmediatamente después de la alusión a la autenticidad, a la que en cierta medida, aunque la rebasa, se contrapone, pues goza de autenticidad aquel documento que no ha sido falsificado o es auténtico el documento que no es falso. En todo caso la limitación de la responsabilidad referida a la falsedad documentaria debe de entenderse referida a la realizada por terceros absolutamente ajenos al propio banco.

El establecimiento de una limitación absoluta de responsabilidad del banco respecto de la presentación de documentos falsos plantea la cuestión de su conciliación con el exigente deber de examen de los documentos y la diligencia concreta exigida al banco en relación con dicho examen. Ciertamente el deber de examen del banco, que se centra en la verificación de la regularidad aparente, a primera vista (“on their face”), no supone que descubrir cualquier falsificación quede fuera del ámbito de aquel deber, por más que tampoco el descubrimiento de todas las posibles falsificaciones, hasta la más perfecta, pueda considerarse incluida en el ámbito de aquel deber.

La solución a la cuestión indicada en el apartado anterior viene de la mano de contraponer apariiencia y falsificación. Efectivamente se trata de conceptos en buena medida complementarios, de tal manera que cuando la falsificación es burda, notoria, de tal manera que no tenga que ser un experto en el tráfico al que se refiera el documento quien pudiera descubrirla, el documento no debe de considerarse aparentemente regular.

Las dificultades empiezan a surgir cuando nos hallamos más allá de las falsificaciones notorias o evidentes. Cuando la falsificación es más inteligente, más sutil, cuando está mejor realizada técnicamente, establecer el alcance de la limitación de responsabilidad del banco reviste una gran dificultad, bien que cuando se presentasen documentos emitidos por el propio beneficiario, si éste es cliente, el banco pudiera aplicar los registros de firmas que tuviera, por lo demás la doctrina acerca de la falsificación de determinados títulos valores puede ser de utilidad al caso, pues la profesionalidad del banco rigoriza su

---

(195) Ni ordenante, ni beneficiario, ni el Banco Emisor, Confirmador o Pagador pueden ser considerados terceros respecto del crédito documentario. Ciertamente si se toma la primera relación de sujetos del artículo 15 RRUU como ejemplificativa parecería que se está refiriendo a terceros, ajenos al crédito documentario.

responsabilidad propendiendo a poner límites más o menos precisos, pero en todo caso existentes<sup>(196)</sup>, a su pretendida exoneración de responsabilidad.

Cuando la falsedad documentaria afecta a la totalidad de un documento o a todos los documentos, cuando se sustituye el que debería de ser presentado por otro acorde con la pretensión fraudulenta, la falsificación no puede descubrirse con la mera contemplación del documento, sino únicamente podrá deducirse de un análisis inteligente de su contenido, en relación con los demás documentos presentados.

Es razonable que el banco limite absolutamente su responsabilidad por cualesquiera alteraciones documentarias en las que intervenga la mala fe (dolo) de cualquier sujeto, pero únicamente en cuanto que no suponga el incumplimiento de las obligaciones contraídas en el seno del crédito documentario, especialmente en cuanto hace al examen de los documentos, punto en el que se establece un especial entronque entre el fraude, la abstracción y el deber de examinar los documentos.

Otra interpretación, al menos en cuanto al fraude en el negocio o contrato subyacente, vendría a significar una enorme carga para el banco, desproporcionada y además ajena a la posición jurídica que ocupa en el seno del crédito documentario, que resultaría difícilmente compatible con el principio de independencia o abstracción del crédito documentario, consecuente a su naturaleza jurídica.

### **1. En particular el fraude en el contrato o negocio subyacente**

La oposición por parte del banco emisor a la pretensión del beneficiario de realización de su derecho, por la existencia de maquinaciones fraudulentas en el contrato o negocio subyacente, tiene un origen judicial, en el caso *Sztejn v. Henry Schoereder Banking Corporation* (1941)<sup>(197)</sup>, que se ajusta a la función

---

(196) Sentencia de 19 de abril de 1989 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

(197) Sobre el caso *SYMONS, E.L.*, "Letters of credit: fraud, good fait and the basis for injunctive relief", TLR, núm. 54 (1979-1980), pp. 339-340. En el caso en el que se llegó a afirmar por el Tribunal, que "en tal situación cuando el fraude del vendedor ha sido puesto en conocimiento del banco antes de que los documentos y de que las letras de cambio hubieran sido presentados, el principio de independencia no debe de extenderse a la protección del vendedor poco escrupuloso". Doctrina que ha sido reiterada en multitud de ocasiones, siendo de destacarse los casos *Marine Midland Grace Trust Co. v. Banco del Pais*, 1966; *Banco Español de Crédito v. State Street Bank and Trust Co.*, 1969; *United Bank Ltd. v. Cambridge Sporting Goods Corp.*, 1976), utilizándose incluso la expresión "vendedor delincuente", y destacándose el derecho a rechazar el pago cuando éste no se hubiera efectuado así como la imposibilidad de exigirlo por parte del beneficiario (caso *Maurice O'Meara v. National Park Bank*, 1964).

“integradora” y de puente entre el negocio subyacente y el de ejecución que, en definitiva, es el crédito documentario, de la “buena fe”.

La presión del principio de “independencia” es de tal magnitud que exige, para que la buena fe-mala fe pueda operar su función integradora, esto es, para que sea relevante en sede de crédito documentario el fraude el negocio subyacente, que han de darse las siguientes circunstancias:

A) Evidencia del fraude<sup>(198)</sup>, dándose oportunidad al Beneficiario de defenderse de tal acusación<sup>(199)</sup>. El cumplimiento de esta última exigencia presupone la formalización de la controversia ante un sujeto independiente e imparcial, se trate de un juez o de un árbitro, lo cual implica la existencia de un proceso, en cuyo seno cobra toda su trascendencia el principio de contradicción. El fundamento de esta exigencia ha de verse en la independencia o abstracción del crédito documentario, así como en la peculiar posición que ocupa el banco en la operación<sup>(200)</sup>. La simple denuncia del fraude al banco, aun cuando se hubiere dado al beneficiario la oportunidad de contradecirlo, si ésta no se hubiere satisfecho, en los términos antes vistos, no transforma la posibilidad, la sospecha, en evidencia.

B) El conocimiento del Fraude por parte del Banco (Emisor, Confirmador o Corresponsal designado) antes de la recogida o aceptación de los documentos. Bien entendido que el ordenante que pretenda evitar el cumplimiento del banco debe acudir a un órgano jurisdiccional y obtener una resolución impeditiva del cumplimiento, ya sea definitiva o de fondo o meramente provi-

---

(198) La exigencia de la evidencia del fraude se manifestó con claridad y contundencia en el caso Harbottle (R.D.) (Mercantile) Ltd. v. National Westminster Bank (1978). Así se consideró en el caso Chiat & Day, Inc. Adversiting v. Kalimian, 1984 e indicó por el Tribunal de Apelación en el caso United Trading Corporation S.A. and Murray Clayton Ltd. v. Allied Arab Bank Ltd. (1985).

(199) Cuestionándose con diferente fortuna su deber de colaboración en United Trading Corporation S.A. v. Murray Clayton Ltd. (1985). En los casos Midland Bank v. Saymour, 1955, y Commercial Banking Co. of Sydney v. Jalsard Pty Ltd., 1973. Incluso en los casos Woods v. Martins Bank (1959), y Rowlandson v. National Westminster Bank (1978), se establecieron criterios acerca de la obligación del banco de informar a sus clientes cuando, mediante algún negocio, ponían sus intereses en manos de entidades, especialmente financieras, que se encontrasen notoriamente en insolvencia o quebradas.

(200) En todo caso hay que garantizarse la “plena contradicción” (la falta de observación de reglas que la garanticen es “gravísima”, en términos, de la Exposición de Motivos de la LECTV., Ley 1/2000, de 7 de enero, parte XII).

sional<sup>(201)</sup>, pues, se dice, cuando se emite una carta de crédito deben cumplirse y satisfacerse las demandas del beneficiario, haciendo caso omiso a la notificación del cliente (ordenante), denunciando la existencia del fraude<sup>(202)</sup>.

El principio de independencia o abstracción del crédito documentario impone, en todo caso, a los órganos arbitrales o jurisdiccionales, las siguientes pautas de actuación:

a) Los órganos jurisdiccionales o arbitrales deben permitir a los bancos cumplir sus obligaciones en el crédito documentario, sin perjuicio de las cauciones y garantías que puedan exigir.

b) El ordenante y el beneficiario han de ser partes en el proceso.

c) El ordenante al instruir al banco para la emisión de un crédito documentario está asumiendo el riesgo de pagos o libramientos irregulares en relación con el contrato o negocio base (no con los documentos).

d) Los órganos arbitrales o jurisdiccionales únicamente deben ordenar al banco la paralización del cumplimiento en los casos de claro fraude<sup>(203)</sup>, que además sea efectivamente conocido por el banco.

C) La no concurrencia de la condición de tercero de buena fe en quien exige el cumplimiento (“holder in due course”, “bona fide purchaser”, etc.), que ha tenido un especial desarrollo en el ámbito angloamericano, por el uso muy acentuado de letras de cambio en los créditos documentarios (los terceros de buen fe aparecen con una muy intensa protección en la sección 5-114 UCC norteamericana). En el ámbito de las Reglas y Usos Uniformes, se establece una seria protección a los bancos que en él intervienen, cuando quien solicita el pago es un tercero de buena fe, lo que, traslativamente, supone que aquellos resultan también extraordinariamente protegidos. Al ex-

---

(201) No obstante se puede observar una progresiva flexibilización de aquel criterio, como sucedió en los casos *Rockwell Intl Systems Inc. v. Citibank*, 1983 y *Itek Corp. v. First Nat'l Bank of Boston* (1983), dándose un cierto efecto expansivo al fraude en el negocio subyacente, afirmándose, probablemente con exceso, que si es el propio beneficiario el que presenta documentos falsos, el banco emisor está facultado para no efectuar el pago o cumplimiento, siempre y cuando tenga previa noticia del fraude, así en el caso *Roman Ceramics Cop. v. Peoples National Bank* (1983), en el que el banco se negó a pagar al haber recibió del ordenante noticia telefónica de que los certificados de origen eran falsos.

(202) *Tramarg C.A. v. Banca Commerciale Italiana* (1977).

(203) *Pattinson (Inspector of Tanes) v. Marine Midland* (1983).

tremo que el derecho de reembolso no parece ceder sino en el supuesto en el que el banco corresponsal hubiese cometido o participado de alguna manera en el fraude <sup>(204)</sup>.

Si bien la noción misma de tenedor de buena fe se muestra especialmente polémica al confundirse en alguna medida con la de tercero de buena fe <sup>(205)</sup>, pudiendo cuestionarse si el concepto de tenedor de buena fe abarcaría o no al beneficiario. En este sentido es destacable que el criterio judicial parece favorable <sup>(206)</sup>.

En la litigiosidad desenvuelta con ocasión de la revolución de Irán se planteó la cuestión de en qué medida las agencias o servicios dependientes del propio gobierno o incardinadas en una determinada Administración Pública, aun cuando con personalidad jurídica independiente, e incluso las entidades, especialmente bancos con participación estatal, podían considerarse tenedores de buena fe, cuando se trataba de la adopción de medidas imprevistas, acordadas por el propio gobierno iraní (*factum principis*) dirigidas especialmente a hacer cumplir los créditos documentarios anticipadamente. En las resoluciones más significativas <sup>(207)</sup> se consideró que las demandas eran fraudulentas, en el sentido de que el propio Estado iraní, o las entidades de Derecho Público estatales correspondientes, no habían cumplido anteriormente con lo que les correspondía en sede del negocio base, ni siquiera después de efectuada la demanda de pago, y que además no tenían aparentemente intención alguna de cumplir <sup>(208)</sup>.

---

(204) Old Colony Trust v. Lawyers' Title & Trust Co., (1924), llegándose a afirmar que la tenencia de una cambial excluía el caso del "vendedor poco escrupuloso o delincuente", en Balbo Oil Corp. v. Zicouraki & First National City Bank (1963).

(205) Sobre el tema el caso European Asian Bank A.G. v. Punjab & Sind Bank (1983).

(206) American Bell Int'l, Inc. v. Islamic Republic of Iran, Bank Iranshar, Manufacturas Hanover Trust C. (1979). En el caso Brow v. United States National Bank (1985), se desestimó la demanda del ordenante solicitando la paralización del cumplimiento por el Banco Emisor con fundamento en la ausencia de prueba acreditativa de que el beneficiario hubiese participado en el fraude en el negocio subyacente, con lo que aquel queda incluido en el concepto, aun cuando su posición pudiera estar más debilitada.

(207) Barret, J.A. "The Iranian Case", *Currentes problems of Letters of Credit and Banker's Guaranties*, Amsterdam, 1984.

(208) Collins Systems International v. Citibank (1982), y Rokwell Systems International v. Citibank (1983).

D) El ánimo defraudatorio o la conducta culpable<sup>(209)</sup> del beneficiario. La realización de las maquinaciones fraudulentas por el beneficiario, solo o en connivencia con terceros. Las resoluciones jurisdiccionales han sido normalmente contrarias a las peticiones tendentes a evitar el pago o cumplimiento por parte del banco emisor, fundándose, para su desestimación, en que no había sido suficientemente probado que el beneficiario hubiese participado en la comisión del fraude, o por no ser responsable del fraude<sup>(210)</sup>.

## 2. El negocio subyacente aparente. La estafa

La comisión del fraude puede tener una dimensión singular, pero por demás frecuente; se trata de la apariencia de negocio subyacente, el cual puede no existir o ser meramente ficticio, en tal caso el fraude se comete mediante la falsificación de documentos o mediante una combinación de documentos diferentes.

También un crédito documentario puede ser vehículo de una estafa, pues “generalmente el delito de estafa va asociado a un negocio bilateral, y el engaño consiste en el empleo de artificios o maniobras falaces por uno de los contratantes para hacer creer al otro ciertas cualidades aparentes de la prestación realizada, que son inexistentes, o en que se cumplirá la prestación futura a que se ha comprometido”<sup>(211)</sup>.

Si se sospecha fundadamente por el Banco que concurren elementos propios del delito de estafa<sup>(212)</sup>, cometida bien por el beneficiario siendo el sujeto

---

(209) Chao (Trading as Zung Fu Co.) v. British Tradens and Shippers Ltd. (1954); United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada (1981), más conocido como “The American Accord” y European Asian Bank A.G. v. Punjab and Sind Nabk (1983).

(210) Howe Richardson Sacale Co. Ltd. v. Polimex-CEKOP and National Wetminster Bank Ltd. (1978); United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada (1979), y Brow v. United States National Bank (1985).

(211) SAP de Valladolid de 28 de noviembre de 2000 (NORMACEF).

(212) Los elementos integrantes del delito de estafa (artículo 248 CP) son: “1.º Un engaño precedente o concurrente; 2.º Dicho engaño ha de ser “bastante”; 3.º Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo; 4.º Acto de disposición patrimonial, no siendo necesario que concorra en la misma persona la condición de engañado y de perjudicado; 5.º Ánimo de lucro; 6.º Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado” [SAP de Valladolid, de 28 de noviembre de 2000 (NORMACEF) y SSTs de 4 de diciembre de 1980, R.A. 4777; 28 de mayo de 1981 (R.A. 2292); 9 de mayo de 1984 (R.A. 2491); 5 de junio de 1985 (R.A. 2968); 12 de noviembre de 1986 (R.A. 7911); 26 de abril de 1988 (R.A. 2923); 24 de noviembre de 1989 (R.A. 8722); 29 de marzo de 1990 (R.A. 2644); 11 de octubre de 1990 (R.A. 7997); 24 de marzo de 1992 (R.A. 2435); 12 de marzo de 1993 (R.A. 2156); 18 de octubre de 1993 (R.A. 7788) y 23 de noviembre de 1995 (R.A. 8953)].

pasivo el ordenante, bien por este último conjuntamente con el beneficiario siendo el sujeto pasivo el Banco Emisor, considerando en todo caso que no es necesario que concurra en la misma persona la condición de engañado y de perjudicado, el Banco (Emisor, Confirmador o Pagador) debe negarse a cumplir<sup>(213)</sup>, bien entendido que “no se estimarán suficientes los artificios engañosos, si el sujeto pasivo del mismo hubiere podido descubrir el fraude mediante una actividad de comprobación de la realidad de las prestaciones entregadas o prometidas fraudulentamente por el promotor del engaño, y si tal actividad de comprobación le era exigible por su cualificación empresarial”<sup>(214)</sup>.

El banco no debe pagar si tiene elementos de convicción suficientes sobre la falsedad de los documentos, por el deber que le incumbe de examen de los documentos, sin necesitar de la concurrencia de la sospecha razonable de que el requerimiento de pago es fraudulento<sup>(215)</sup>. Pero ha de estimarse que, si el Banco conoce la estafa, no puede ser compelido al examen de los documentos, así como que no debe pagar por conformes que éstos sean<sup>(216)</sup>, bien que pese sobre el banco la carga de tener que procurar el inicio de las acciones judiciales pertinentes, ya directamente, ya poniendo los hechos en conocimiento del ordenante para que este inste la actuación judicial.

No puede ocultarse la grave problemática que suscita la averiguación o prueba de la concurrencia de los elementos propios del delito de estafa, para el banco emisor, debiendo de considerarse procedente la utilización en tal supuesto de cualesquiera medios a su alcance, así si se tratase de falsedad en la firma de documentos ha de poder utilizar otros documentos, exigidos o no, en el crédito documentario<sup>(217)</sup>.

Si cualquier alteración en los documentos debe de producir su rechazo por el banco, salvo que el crédito se hubiere modificado y la alteración se correspondiese con esa modificación, no bastando con que la alteración hubiese sido

---

(213) SAP de Valladolid de 28 de noviembre de 2000 (NORMACEF).

(214) SAP de Valladolid de 28 de noviembre de 2000 (NORMACEF).

(215) Realmente eso fue lo que sucedió en los casos *Bank of Montreal v. Recknagel* (1888) e *International Banking corp. v. Irving Nat. Bank* (1921).

(216) En otro caso se suscitaría la cuestión de la posible responsabilidad civil del Banco, como consecuencia de la comisión del delito. Sobre la cuestión de la responsabilidad de Banco en caso de comisión de un delito de estafa, colaborando empleados del Banco en la comisión del delito vid. SAP de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 8 de octubre de 1996, y ATC 82/2000, de 26 de marzo.

(217) *Baker v. National BLVD Bank of Chicago* (1975).

autorizada<sup>(218)</sup>, máxime han de rechazarse en el caso de que se hubiere cometido un delito de estafa, o se esté en el *iter criminis*. Incluso aun cuando los documentos estuvieren completos y en orden, de tal forma que aparentemente no pudiera suscitarse ninguna cuestión sobre ellos, el Banco no puede ser compelido a cumplir.

Ante la noticia seria de la posible estafa (fraude) el Banco debe extremar su diligencia, no resultando ya suficiente la regla estándar de la verificación aparente, teniendo que disponer la realización de las pruebas técnica precisas, sin que pueda considerarse vigente, ante actuaciones criminales (querrela o denuncia) por estafa, el plazo máximo de los siete días<sup>(219)</sup>, no pareciendo que en estos supuestos, y para quien no es banco emisor, valgan reservas, garantías o indemnidades para salvar su responsabilidad<sup>(220)</sup>.

## VII. LA CUESTIÓN DE LA SIMULACIÓN, LA ILICITUD Y EL ABUSO DE DERECHO EN EL CRÉDITO DOCUMENTARIO

La simulación<sup>(221)</sup>, en cuanto afecte al negocio subyacente, no afecta al crédito documentario pues el principio de independencia se interpone para que pueda proyectar cualesquiera efectos sobre esta última operación bancaria. No obstante, mediante la simulación se puede pretender obtener un resultado ilícito frente a terceros, cuando al ánimo de engañar se le suma la intención de defraudar<sup>(222)</sup>. En tal caso, estaríamos ante la comisión de un fraude que no reúne los requisitos anteriormente señalados, pero aplicándose la doctrina general que rechaza el fraude en el crédito documentario, habrá que concluir que mediante

---

(218) Skandinaviska Kredit A/B v. Barclays Bank (1925).

(219) Artículo 13.b) RRUU.

(220) Artículo 14.f) RRUU.

(221) Es de reparar en que se produce la simulación contractual “cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta” según LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de Asís, LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., opus cit. (*Elementos de Derecho Civil...*, t. I, vol. tercero), p. 181, que indican además en p. 182 “En el acuerdo simulatorio al objetivo del engaño acompaña frecuentemente, aunque no necesariamente, el ánimo de defraudar”.

(222) “En el acuerdo simulatorio al objetivo del engaño acompaña frecuentemente, aunque no necesariamente, el ánimo de defraudar”, indican LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de Asís, LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., opus cit. (*Elementos de Derecho Civil...*, t. I, vol. tercero), p. 182; STS de 30 de septiembre de 1989 (R.A. 6394).

el ejercicio de la acción de simulación los perjudicados pueden obtener una resolución judicial impeditiva del cumplimiento por el Banco.

Cuando la simulación es absoluta el negocio jurídico es inexistente, pero no afecta al crédito documentario, salvo que concurra la intención fraudulenta o, lo que es más común, un propósito delictivo o de “blanqueo de capitales” procedentes de determinadas actividades delictivas <sup>(223)</sup>, supuestos en los que la actitud exigible al Banco no se limita a no realizar el pago sino que habrá de colaborar en la persecución del crimen, so pena de autoría o complicidad.

Ante una prestación inexistente por su nulidad intrínseca o por nulidad de la obligación (que hace nulo el conjunto de la obligación), puede cuestionarse si sería admisible la oposición por el banco de la excepción de nulidad o de abuso de derecho <sup>(224)</sup>.

Con la redacción actual del artículo 3 RRUU <sup>(225)</sup>, se pretendió dar una cumplida satisfacción a la necesidad sentida en el tráfico mercantil internacional de seguridad, haciendo efectivo el principio “paga y litiga más tarde” (“pay now and litigate later”). Razones suficientes para entender que únicamente en el caso en que la prestación del Banco fuera ilícita en sí (por ejemplo por parte del *iter criminis*), la nulidad es oponible por el Banco al beneficiario, sin que pueda oponer en otro caso la excepción de nulidad del negocio subyacente, ni la de la obligación, ni la de abuso de derecho.

---

(223) Ley 19/1993, de 28 de diciembre, y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, y directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991; Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo y al Consejo Económico y Social, titulada “Marco de actuación para la lucha contra el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos de efectivo”, así como la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el bloqueo de capitales.

(224) Que traza límites a todo derecho, “en función del binomio utilidad-daño ajeno”, señalan LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de Asís, LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., opus cit. (*Elementos de Derecho Civil...*, t. I, vol. tercero), p. 108.

(225) Incluso fuera del crédito documentario nuestra jurisprudencia admite ya sin reparos aquellas nuevas figuras contractuales en las que la obligación de quien efectúa la prestación se constituye como distinta, autónoma e independiente, del contrato o negocio para cuya segura ejecución se instrumentan, en sede de las cuales no se puedan oponer al beneficiario que reclama el cumplimiento otras excepciones que las derivadas de la relación con éste. Como ejemplo de aquella jurisprudencia, bien que relativa a garantía a demanda, la ya citada STS de 27 de octubre de 1992.

---

# CRÓNICA

---

# **EL BANCO CENTRAL DE NUEVA ZELANDA: UN MODELO SINGULAR ENTRE LA AUTONOMÍA Y LA CORRESPONSABILIDAD GUBERNAMENTAL (\*)**

MARIA ÀNGELS ORRIOLS SALLÉS

*Profesora de Derecho Administrativo  
Universitat Autònoma de Barcelona*

---

## **SUMARIO**

- I. RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL BANCO DE LA RESERVA DE NUEVA ZELANDA: ESTABILIDAD DE PRECIOS, CONTRACTUALISMO Y EQUILIBRIO DE PODERES.
  - II. OBJETIVOS Y FUNCIONES DEL BANCO CENTRAL: LA PRIORIDAD DE LA ESTABILIDAD DE PRECIOS Y SU CUANTIFICACIÓN MEDIANTE UN OBJETIVO DE INFLACIÓN.
  - III. LOS ÓRGANOS RECTORES: PRESIDENCIALISMO Y ÓRGANO COLEGIADO DE CONTROL.
  - IV. LOS *POLICY TARGETS AGREEMENTS* (PTA): EL ENFOQUE CONTRACTUAL EN LA POLÍTICA MONETARIA.
  - V. LOS *POLICY STATEMENTS* COMO MECANISMO DE DACIÓN DE CUENTAS.
  - VI. LA INTERVENCIÓN DEL GOBIERNO EN LOS ÁMBITOS COMPETENCIALES DEL BANCO.
  - VII. LA PARTICIPACIÓN DE OTRAS INSTANCIAS EN LA DETERMINACIÓN Y EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DEL BANCO.
  - VIII. LOS MECANISMOS DE ARTICULACIÓN DE LA TRANSPARENCIA, LA RENDICIÓN DE CUENTAS Y LA RESPONSABILIDAD DEL BANCO CENTRAL DE NUEVA ZELANDA.
  - IX. UN BANCO CENTRAL AUTÓNOMO.
- 

---

(\*) El presente artículo constituye en lo fundamental el segundo capítulo de la parte introductoria de la Tesis Doctoral titulada “El Banco Central Europeo y el Sistema Europeo de Bancos Centrales. Régimen jurídico de la Autoridad monetaria de la Comunidad Europea” (Bellaterra, 2000).

I. RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL BANCO DE LA RESERVA DE NUEVA ZELANDA: ESTABILIDAD DE PRECIOS, CONTRACTUALISMO Y EQUILIBRIO DE PODERES

Nueva Zelanda se ha dotado de un Banco central, el Banco de la Reserva de Nueva Zelanda, que por su organización y sus relaciones con el Gobierno constituye un modelo único e imaginativo en lo que se refiere al reparto de funciones y responsabilidades en el ámbito de la política monetaria entre un Banco emisor y el Gobierno, lo que viene a representar un enfoque propio de la independencia de los Bancos centrales<sup>(1)</sup>. La *Reserve Bank of New Zealand Act*, aprobada el 15 de diciembre de 1989 (en vigor desde el 1 de febrero de 1990)<sup>(2)</sup>, en sustitución de la anterior Ley de 1964, supuso la introducción de un régimen jurídico para las funciones del Banco central de aquel país que lo singulariza entre los Bancos centrales dotados con un estatuto de independencia<sup>(3)</sup>. En realidad, y desde la vertiente de una teoría general de la Banca central, el término más adecuado para calificar su posición institucional sería seguramente el de autonomía en lugar de independencia<sup>(4)</sup> —aunque habitualmente sea calificado como independiente—, por las razones que seguidamente se expondrán.

En efecto, la credibilidad de la política monetaria neozelandesa reposa sobre su peculiar marco institucional. Al respecto, los principales rasgos que definen y caracterizan al Banco central de Nueva Zelanda y las funciones

---

(1) Recientemente el Reino Unido ha procedido a aprobar un nuevo estatuto para el Banco de Inglaterra (*Bank of England Act 1998*), en vigor desde el 1 de junio de 1998, que tiene ciertas similitudes con el modelo de Nueva Zelanda.

(2) La extensa Ley —tiene 192 artículos— ha sido modificada en varias ocasiones, sin que ninguna de las reformas haya afectado los aspectos sustanciales de su estructura y objetivos.

(3) El gobernador del Banco de Nueva Zelanda, Don Brash (nombrado en 1988, renovado en septiembre de 1993 por otro lustro y de nuevo en 1998 hasta el 31 de agosto del 2003), se ha referido a la “elegante estructura constitucional” del Banco. Citado por Marjorie DEANE y Robert PRINGLE, *Bancos centrales*, Escuela de Finanzas Aplicadas/Analistas Financieros Internacionales, Madrid, 1996 (edición original: *The Central Banks*, Hamish Hamilton, Londres, 1994), p. 370.

(4) La independencia o autonomía del Banco no está reconocida formalmente en la Ley. En una publicación oficial del propio Banco se afirma que la Ley de 1989 concedió “la autonomía del Banco de la Reserva en las vías de consecución de la estabilidad de precios” y simultáneamente se alude a la “independencia estatutaria” del gobernador. Vid. RESERVE BANK OF NEW ZEALAND, *This is the Reserve Bank. Our Commitment to New Zealanders*, Wellington, julio de 1997, p. 5.

relativas a la política monetaria que desempeña, pueden sistematizarse como sigue:

- a) La estabilidad de precios establecida por la Ley como objetivo único del Banco y de su política monetaria, concretada en una obligación de resultados para el gobernador.
- b) La inamovilidad del gobernador, coexistente con la posibilidad de su cese en caso de incumplimiento de los objetivos de inflación acordados.
- c) El enfoque contractual de la formulación de objetivos de la política monetaria, que implica la participación del Gobierno y que se plasma en el Convenio sobre Objetivos de la Política monetaria [*Policy Targets Agreement* (PTA)], suscrito de común acuerdo entre el ministro de Economía y el gobernador del Banco.
- d) La plena autonomía operativa del Banco en la formulación y ejecución de la política monetaria a partir de las prescripciones del PTA<sup>(5)</sup>.
- e) La existencia de lo que podemos denominar *ius variandi* en manos del Gobierno en lo referente a la política monetaria.
- f) La transparencia, la rendición de cuentas y la responsabilidad como ejes del sistema.

En otro orden de cosas, es preciso señalar que el Banco central de Nueva Zelanda, además de las competencias en el ámbito de la política monetaria —que son las que ocuparán nuestra atención— goza también de importantísimas atribuciones en materia de disciplina y supervisión bancaria<sup>(6)</sup>, ya que es el organismo competente para la autorización de entidades de crédito y para llevar a cabo su supervisión prudencial<sup>(7)</sup>.

---

(5) RESERVE BANK OF NEW ZEALAND, *Briefing on the Reserve Bank of New Zealand*, octubre de 1996, p. 1.

(6) El Gobierno —formalmente el Gobernador General mediante Orden Real (*Order in Council*)— dispone de la potestad reglamentaria en relación con las materias y funciones que competen tanto al ministro de Economía como al Banco de la Reserva (art. 173).

(7) Estas funciones están reguladas en los arts. 64 y ss. de la Ley.

## II. OBJETIVOS Y FUNCIONES DEL BANCO CENTRAL: LA PRIORIDAD DE LA ESTABILIDAD DE PRECIOS Y SU CUANTIFICACIÓN MEDIANTE UN OBJETIVO DE INFLACIÓN

Uno de los cambios introducidos por la Ley de 1989 fue la previsión de la estabilidad de precios como objetivo único de la política monetaria<sup>(8)</sup>. La Ley únicamente le asigna este objetivo formal, sin citar otros posibles (crecimiento económico, empleo, etc.)<sup>(9)</sup>. A tal fin, el Banco queda investido de las faculta-

---

(8) El objetivo claramente antiinflacionista de la Ley debe explicarse, como indican NICHOLL (por aquel entonces subgobernador del Banco de la Reserva de Nueva Zelanda) y ARCHER (actual responsable del Departamento de mercados financieros del Banco central neozelandés) como una respuesta a la inflación de doble dígito sufrida por aquel país entre 1974 y 1988, cuyo monto acumulado en este período fue del 480%. *Vid.* Peter W.E. NICHOLL y David J. ARCHER, "An Announced Downward Path for Inflation", en Richard O'BRIEN (ed.), *Finance and the International Economy*, The AMEX Bank Review Prize Essays, vol. 6, Oxford University Press, Oxford *et al.*, 1992 (pp. 116-127), p. 118.

Asimismo, la Ley se inscribe en un amplio programa de liberalización y desregulación de la economía iniciado por el Gobierno laborista a partir de 1984, como respuesta a la profunda crisis económica en la que estaba sumido el país. Aunque la autonomía del Banco no fue aprobada hasta 1989, de hecho a partir de 1984 cambiaron drásticamente las relaciones del Banco con el Gobierno en lo que a la política monetaria se refiere. *Vid.* del entonces subgobernador del Banco central de Nueva Zelanda, R. Lindsay KNIGHT, "Central Bank Independence in New Zealand", en Patrick DOWNES y Reza VAEZ-ZADEH (ed.), *The Evolving Role of Central Banks*, International Monetary Fund, Washington, 1991 (pp. 140-146), p. 141.

Además de las razones económicas, dada la notable politización a que estaba sometida la política monetaria —en especial a corto plazo—, debe mencionarse la influencia de la literatura científica y académica, que estaba mostrando las ventajas de los Bancos centrales alejados de la política. La modificación de la Ley fue una iniciativa del ministro de Economía, Roger Douglas, quien en 1985 encargó al propio Banco la búsqueda de los medios para conseguir más autonomía en el manejo de la política monetaria. La Ley fue aprobada con el apoyo de los dos grandes partidos. *Vid.* Geoffrey E. WOOD, "A Pioneer Bank in a Pioneer's Country", *Central Banking*, vol. V, núm. 1, verano de 1994 (pp. 59-74), pp. 63-64. Por su parte, SHAUN GOLD-FINCH ha subrayado la decisiva influencia de su selecto y reducido grupo de personas estratégicamente situadas en las instituciones clave del país (entre ellas, el Banco emisor) en la concepción y desarrollo de estas radicales reformas económicas. *Vid.* "Remaking New Zealand's Economic Policy: Institucional Elites as Radical Innovators 1984-1993", *Governance*, vol. 11, núm. 2, arbil de 1998, pp. 177-207.

(9) En la anterior legislación los objetivos de la política monetaria eran múltiples, ya que ésta debía dirigirse "al mantenimiento y promoción del bienestar económico y social, teniendo en cuenta la promoción de un alto nivel de producción y comercio, el pleno empleo y el mantenimiento de un nivel de precios interno estable" (art. 8.2 de la Ley de 1964). Michele LLOYD, "The New Zealand Approach to Central Bank Autonomy", *Reserve Bank Bulletin*, vol. 55, núm. 3, 1992 (pp. 203-220), pp. 208-209.

La nueva regulación no deja de ser excepcional, vistos los modelos comparados, pues aun cuando un Banco central tenga por principal objetivo la estabilidad de precios, se acostumbra a establecer que, sin perjuicio de aquél, apoyará la política económica del Gobierno para conseguir otros objetivos (crecimiento, empleo, etc.).

des de definir y ejecutar la política monetaria con el objetivo macroeconómico de conseguir y mantener la estabilidad en el nivel general de precios<sup>(10)</sup>.

Debe advertirse en primer lugar que la función principal de mantener la estabilidad de precios puede, no obstante, verse alterada por otros objetivos impuestos por el Gobierno, de acuerdo con las potestades que en tal sentido le otorga el art. 12 de la Ley, precepto que ya analizaremos detenidamente más adelante. Es decir, la estabilidad de precios es el objetivo de la política monetaria, a no ser que el Gobierno, excepcionalmente, lo sustituya por otro objetivo. En efecto, la Ley atribuye al Gobierno una suerte de *ius variandi*, es decir, la posibilidad de modificar unilateralmente la política monetaria. Ello se lleva a cabo mediante Orden Real (*Order in Council*), dando cuenta posteriormente al Parlamento. La Orden Real puede modificar el objetivo de la política durante un año, y para un plazo superior deben dictarse sucesivas Órdenes de vigencia anual.

La incomparabilidad del Banco central neozelandés con otros modelos radica en la especificación del objetivo concreto de la política monetaria<sup>(11)</sup>, que resulta muy bien definido, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de sistemas de Banco central independiente<sup>(12)</sup>. La concreción del objetivo implica un conjunto de elementos: el concepto de estabilidad de precios viene definido en términos cuantitativos, se especifica un período de tiempo para su consecución y se fija el alcance de la variación en los resultados que puede permitir-

---

(10) El art. 8 de la Ley dispone: “Principal función del Banco - La principal función del Banco es definir y ejecutar la política monetaria dirigida al objetivo económico de conseguir y mantener la estabilidad en el sistema general de precios”. Por otro lado, el art. 13 establece que, a excepción de lo previsto en los arts. 9 a 12 —que se analizarán más adelante— ninguna previsión de esta Ley o de cualquier otra aprobada con anterioridad o con posterioridad a su entrada en vigor puede limitar o afectar las obligaciones del Banco respecto de su principal cometido.

Cabe decir que, con anterioridad a la Ley de 1989, el ministro de Economía ordenaba al Banco qué tipo de política monetaria debía llevar a cabo y cómo debía instrumentarla. Dichas órdenes no eran públicas y las prioridades cambiaban con frecuencia. *Vid.* RESERVE BANK OF NEW ZEALAND, *The Reserve Bank of New Zealand Act 1989: Our accountability to New Zealanders*, Wellington, marzo de 1998, p. 4.

(11) Nueva Zelanda fue el primer país en adoptar un objetivo formal de inflación. Frederic S. MISHKIN y Adam S. POSEN, “Inflation targeting: lessons from four countries”, *Federal Reserve Bank of New York Economic Policy Review*, vol. 3, núm. 3, agosto de 1997 (pp. 9-110), p. 35.

(12) Las ventajas de establecer un objetivo de inflación son: reducir rápidamente las expectativas de inflación, constreñir el gasto público futuro y mejorar la coordinación entre las políticas fiscal y monetaria, así como ofrecer estrategias alternativas para eliminar el sesgo inflacionista. *Vid.* Andreas M. FISCHER, “Inflation Targeting: The New Zealand and Canadian Cases”, *Cato Journal*, vol. 13, núm. 1, primavera-verano de 1993 (pp. 1-27), pp. 7-8.

se<sup>(13)</sup>. La cuantificación de un objetivo de inflación constituye uno de los rasgos cruciales de la estructura institucional del Banco emisor neozelandés<sup>(14)</sup>.

La Ley distingue entre el objetivo general de la política monetaria (*economic objective*), previsto en el art. 8, y los objetivos concretos de la política monetaria (*policy targets*), a los que se refiere el art. 9<sup>(15)</sup>. El objetivo económico en un sentido general, entendido como finalidad de una política monetaria, puede ser la estabilidad de precios, el crecimiento económico, etc. Al quedar determinado el objetivo general, que en este caso es la estabilidad en el nivel de precios, los medios e instrumentos de la política monetaria deberán servir para la consecución de tal fin. Una vez se ha optado por dicho objetivo procede seleccionar el objetivo concreto (*target*) en que se materializa la estabilidad de precios como objetivo general de la política monetaria, especificando, por ejemplo, si se trata de alcanzar un objetivo de inflación (entre el 0 y el 2% por ejemplo), o bien si se opta por objetivos de crecimiento de determinadas magnitudes monetarias (por ejemplo el M3) o de tipo de interés. En el caso de Nueva Zelanda, se ha optado por definir la estabilidad de precios en términos cuantitativos. Así, en virtud de los tres últimos *Policy Targets Agreements*, la estabilidad de precios ha sido fijada en un incremento anual en el índice de precios al consumo de entre el 0-3%, con un aumento de la horquilla de un punto respecto a los dos primeros PTA (donde quedaba establecida en el 0-2%)<sup>(16)</sup>.

---

(13) NICHOLL y ARCHER, "An Announced Downward Path for Inflation", op. cit., p. 117.

(14) Según ALMEIDA y GOODHART, existen señales de que los objetivos directos de inflación han tenido un impacto positivo, especialmente en los países donde, como Nueva Zelanda o Canadá, han estado vigentes durante un período más prolongado. Álvaro ALMEIDA y Charles A.E. GOODHART, "¿Afecta la adopción de objetivos directos de inflación al comportamiento de los bancos centrales?", SERVICIO DE ESTUDIOS DEL BANCO DE ESPAÑA, *La política monetaria y la inflación en España*, Alianza/Banco de España, Madrid, 1997 (pp. 535-621), p. 615.

(15) Vid. RESERVE BANK OF NEW ZEALAND, *Explaining the 1989 Act*, Wellington, septiembre de 1992, p. 3.

(16) Hasta 1997 se había recurrido al Índice de Precios al Consumo (CPI), no por tratarse de una medida de los cambios en el "nivel general de precios" más perfecta que las otras, sino por ser el índice más ampliamente conocido y comprendido. Vid. NICHOLL y ARCHER, "An Announced Downward Path for Inflation", op. cit., pp. 119-120. Cabe decir que en el penúltimo PTA (de 15 de diciembre de 1997) se recurrió al CPIX, es decir, el índice de precios al consumo excluida una variable (los costes por servicios crediticios, básicamente por intereses hipotecarios) y, finalmente, el último PTA, de 16 de diciembre de 1999, ha vuelto al CPI, en lo que constituye la modificación más significativa introducida en relación con el PTA de 1997.

En definitiva, el objetivo general de la política monetaria (*objective of monetary policy*) constituye una opción del legislador y como tal viene claramente establecido en la Ley y se materializa en el objetivo preciso de la política monetaria (*policy targets*), fijado en el Convenio (PTA) suscrito entre el gobernador y el ministro de Economía, del que debe darse cuenta a la Junta Directiva del Banco y al Parlamento.

El vigente sistema se basa así en la vinculación y “dependencia” del Banco en relación con el objetivo de inflación y, simultáneamente, su amplia libertad e “independencia” operativa e instrumental para implementar la política monetaria. Por consiguiente, los límites a la discrecionalidad del Banco para formular la política monetaria derivan tanto del claro objetivo previsto en la Ley —la estabilidad de precios—, como de la previsión legal sobre el *Policy Targets Agreement* (PTA), negociado y concluido entre el gobernador y el ministro de Economía.

Sin perjuicio de todo lo dicho, la Ley dibuja ciertos límites a la discrecionalidad del Banco en lo que a la definición y ejecución de la política monetaria se refiere <sup>(17)</sup>, obligándole en primer lugar a encauzarlas teniendo siempre en consideración la solvencia y solidez del sistema financiero <sup>(18)</sup>; es decir, las técnicas concretas para conseguir la estabilidad de precios deben resultar compatibles con la solvencia del sistema financiero en su conjunto, por lo que no resultaría válida una política monetaria que la pusiese en peligro o la deteriorase <sup>(19)</sup>. En segundo lugar, en lo que constituye un límite procedimental, el Banco debe

(17) El art. 10 de la Ley dispone:

“En la definición y ejecución de la política monetaria el Banco:

(a) Tendrá en cuenta la eficiencia y solvencia del sistema financiero;

(b) Consultará con y aconsejará a: el Gobierno y a aquellas personas o entidades que considere pueden ayudarle a conseguir y mantener el objetivo económico de la política monetaria”.

(18) El art. 31 de la Ley reconoce explícitamente las funciones del Banco como prestamista en última instancia, con el objetivo de garantizar la solvencia del sistema financiero.

(19) En este sentido, sostiene AMTENBRINK que con el deber de tomar en consideración la estabilidad del sistema financiero se reconoce el vínculo entre esta última y la estabilidad monetaria. Pese a haberse sugerido que el reconocimiento de la función del Banco como prestamista en última instancia puede entrar en conflicto con el objetivo de estabilidad de precios si las excesivas intervenciones de aquél para garantizar la solvencia del sistema financiero afectasen la estabilidad de precios, el autor entiende que la consideración de la solvencia del sistema financiero constituye un factor a tener en cuenta en la consecución del objetivo de la estabilidad de precios, que no queda por ello devaluado. *Vid.* Fabian AMTENBRINK, *The Democratic Accountability of Central Banks. A comparative study of the European Central Bank*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 208-209.

consultar al Gobierno y entidades que puedan ayudarle en la consecución de sus objetivos.

### III. LOS ÓRGANOS RECTORES: PRESIDENCIALISMO Y ÓRGANO COLEGIADO DE CONTROL

Los órganos rectores del Banco previstos por la Ley son<sup>(20)</sup>: el gobernador (*governor*), el/los subgobernador/es (*deputy governor*) y la Junta Directiva (*Board of Directors*). La existencia de múltiples órganos no puede sin embargo ocultar el acusado presidencialismo del gobierno de la entidad, hecho que constituye una de las piezas clave del sistema de responsabilidad instituido por la Ley<sup>(21)</sup>.

#### 3.1. El gobernador

##### 3.1.1. Nombramiento y funciones

Como ya hemos avanzado, el gobierno del Banco de la Reserva de Nueva Zelanda tiene un carácter monocrático, dado el perfil que la Ley diseña para el gobernador, quien legalmente es el único órgano de decisión de la entidad. El gobernador es nombrado por el ministro a partir de una recomendación de la Junta Directiva (art. 40). Se trata de definitiva de un sistema de “doble veto”<sup>(22)</sup>, lo que significa que para que una candidatura prospere debe satisfacer tanto a los miembros de la Junta Directiva como al ministro, lo que, en suma, implica que cuente también con el visto bueno del Gobierno<sup>(23)</sup>. El gobernador es nombrado por un plazo de cinco años con la posibilidad de ser renovado por mandatos sucesivos también de cinco años, sin que se establezca límite en cuanto al

---

(20) Su régimen jurídico está regulado de forma pormenorizada en los arts. 40 a 62 de la Ley.

(21) La configuración unipersonal de los órganos de decisión de la Administración y organismos públicos constituye un rasgo bastante típico del sistema jurídico-administrativo inglés, del que es claramente deudor el sistema político neozelandés.

(22) Así lo califica LLOYD, “The New Zealand Approach to Central Bank Autonomy”, op. cit., p. 215.

(23) Aunque, como apunta AMTENBRINK, el nombramiento por parte del ministro de Economía de los miembros no ejecutivos de la Junta Directiva (que constituyen la mayoría y proponen al gobernador) debe lógicamente evitar cualquier potencial conflicto. “The Democratic Accountability of Central Banks. A comparative study of the European Central Bank”, op. cit., p. 264.

número de prórrogas (art. 42.1). La posibilidad de prorrogar el mandato del gobernador puede ser un elemento de debilidad, ya que podría estar tentado a suscribir un PTA acomodaticio con los intereses gubernamentales pero poco compatible con la meta de la estabilidad monetaria con el fin de ver renovado su mandato. La Ley regula también los supuestos de incompatibilidad<sup>(24)</sup>, mientras las condiciones de empleo del gobernador quedan determinadas mediante un Convenio concluido entre el ministro y el gobernador<sup>(25)</sup>.

Su principal obligación es la de asegurar que el Banco lleva a cabo las funciones que le encomienda la Ley. Además, tiene asignadas residualmente las competencias sobre aquellas materias que no estén expresamente encomendadas por la Ley a la Junta Directiva (art. 41). Como explícitamente le encomienda el art. 11, tiene el deber de asegurar que la actuación del Banco en la ejecución de la política monetaria es plenamente compatible con los objetivos de la misma, fijados en el *Policy Targets Agreement*. Por último, el gobernador es el principal órgano ejecutivo del Banco. En el ejercicio de sus funciones, el gobernador actúa con plena libertad tanto respecto de la Junta Directiva del Banco como respecto del Gobierno, aunque en lo que a este último se refiere con la salvedades que expondremos sobre su *ius variandi*.

---

(24) Los supuestos de incompatibilidad para ser nombrado o renovado para el cargo de gobernador —incluida la obligación de cesar al cumplir los setenta años de edad— así como los supuestos de ausencia o incapacidad, están previstos en los arts. 46 y 47 de la Ley. Si se produce alguno de estos supuestos de forma sobrevenida, el gobernador está obligado a dimitir.

(25) En efecto, según dispone el art. 42.2 de la Ley, las condiciones de empleo del gobernador, incluida su remuneración “(a) se establecerán mediante un Convenio (*Agreement*) entre el ministro y el gobernador después de consultar a la Junta y (b) se presentarán en la primera reunión de la Junta después del día de que hayan sido acordadas”. En el art. 42.3 se declaran sin ningún efecto los pactos del Convenio que sean incompatibles con las funciones del Banco o limiten al gobernador en las misiones que tiene encomendadas.

Debemos referirnos al respecto a una cierta polémica surgida a propósito de los incrementos salariales del gobernador —que se vieron elevados sustancialmente (de \$350.594 a \$485.000) a partir de 1998—, en lo que se podría considerarse como una vinculación de su remuneración al éxito en la consecución de sus objetivos. La decisión, adoptada por el ministro de economía como consecuencia de la renovación del gobernador por un tercer mandato, se debió al hecho de que su remuneración se hubiera mantenido inalterable durante el segundo mandato y a los efectos de proporcionarle un incentivo si completada dicho mandato, acordando que en caso de ello sucediera se producirían ajustes anuales sobre su remuneración, como reflejo de su cumplimiento y de la diferencia entre su sueldo de \$350.594 y la valoración según las reglas de mercado. Se trataba de una suma global (\$282.000), a pagar al final del segundo mandato. Posteriormente, el ministro consideró que dicha fórmula no era la más apropiada, por lo que durante el tercer mandato del gobernador su remuneración se sujetó a las mismas revisiones que las de los demás empleados del Banco. *Vid.* las aclaraciones proporcionadas desde la propia entidad: “Remuneración clarified”, 7 de septiembre de 1999, y “Governor received 2.37 per cent pay rise”, 9 de octubre de 2000.

### 3.1.2. Su remoción por incumplimiento de los objetivos de inflación

La Ley regula de forma detallada los supuestos que habilitan a la remoción del gobernador de su cargo. En efecto, el Gobernador General de Nueva Zelanda (representante de la Reina en dicho país) puede destituir al gobernador del Banco, mediante Orden Real (*Order in Council*) y a propuesta del ministro de Economía. Pese a que la destitución corresponda formalmente al Gobernador General, la decisión debe ser adoptada por el ministro, quien puede tomarla si considera que se produce alguna de las causas tasadas previstas en el art. 49.2 de la Ley<sup>(26)</sup> y puede hacerlo con independencia de que se realice una recomendación en tal sentido de la Junta Directiva, ya que ésta dispone asimismo de la facultad de proponer al ministro que se proceda a efectuar la indicada remoción<sup>(27)</sup>, propuesta que en cualquier caso carece de valor vinculante.

En este sentido, uno de los rasgos singulares del Banco central de Nueva Zelanda estriba en la imputación al gobernador, *ad personam*, del incumplimiento de los objetivos del Banco tal y como vienen determinados en el PTA, es

---

(26) Estos supuestos son distintos a las causas de incompatibilidad reguladas en los arts. 46 y 47, todas ellas referidas a cualidades y circunstancias personales del gobernador. Las causas habilitantes de remoción del art. 49 se refieren todas ellas al comportamiento inadecuado del gobernador en las tareas de dirección del Banco o de la política monetaria. En concreto, la remoción puede producirse, según el art. 49.2, cuando el ministro esté convencido de:

- “(a) Que el Banco no está llevando a cabo adecuadamente sus funciones.
- (b) Que el gobernador no ha cumplido adecuadamente las responsabilidades del cargo.
- (c) Que el gobernador ha obstaculizado, perturbado o impedido a la Junta el cumplimiento de las responsabilidades que tiene en virtud de esta Ley; o
- (d) Que la actuación del gobernador en asegurar que el Banco consiga los objetivos de política fijados en virtud del artículo 9 o del artículo 12.7.b) de esta Ley ha sido inadecuada; o
- (e) Que, en un caso que afecte al artículo 9.2 o el subapartado (i) o el subapartado (ii) del artículo 12.7.b) de esta Ley, el ministro y el gobernador no sean capaces, en el tiempo previsto, de llegar a un acuerdo sobre nuevos objetivos de política; o
- (f) Que un *Policy Statement* en virtud del artículo 15 de esta Ley sea incompatible en aspectos esenciales con la principal función del Banco o con cualquier objetivo de política fijado en virtud del artículo 9 o del artículo 12.7 de esta Ley; o
- (g) Que los recursos del Banco no hayan sido gestionados debidamente o eficazmente; o
- (h) Que el gobernador, excepto en lo previsto en sus condiciones de empleo, y durante su mandato de gobernador, haya: (i) ocupado cualquier otro cargo o beneficio; o (ii) ejercido cualquier otra tarea remunerada; o (iii) tenido intereses en un banco registrado; o (iv) tenido intereses en un banco que opere fuera de Nueva Zelanda; o
- (i) Que el gobernador sea incapaz de ejercer las responsabilidades del cargo, o haya sido culpable de grave negligencia en sus obligaciones o de mala conducta”.

(27) La Junta, en los mismos supuestos que el ministro según el art. 49.2, está habilitada para proponer la destitución del gobernador. Según el art. 53.3, cuando la Junta esté convencida de que se dan los citados supuestos “informará al ministro por escrito y puede recomendarle que el gobernador sea destituido de su cargo”.

decir, el acuerdo entre Gobierno y Banco central, de manera que en virtud del art. 49.2.d) de la Ley, tal incumplimiento constituye motivo de cese anticipado<sup>(28)</sup>. Precisamente, uno de los elementos diferenciadores de las causas de destitución previstas en esta Ley en relación con los supuestos habituales en Derecho comparado (Banco Central Europeo, Reserva Federal, *Bundesbank*, etc.) reside en que la no consecución de los objetivos de inflación constituye un supuesto habilitante para la destitución del gobernador, al que se imputa legalmente la responsabilidad. Con todo, la exigencia de responsabilidad por incumplimiento no es automática, ni legalmente ni en la práctica, pues reviste un carácter discrecional<sup>(29)</sup>.

Como ha destacado LLOYD, la Ley se elaboró de manera que se asegurase que el gobernador se hacía personalmente responsable de la consecución de los objetivos de la política monetaria y para ello se diseñó un sistema que permitiera su destitución en caso de no alcanzar dichos objetivos<sup>(30)</sup>. Nos hallamos, por consiguiente, ante un supuesto de responsabilidad *ad personam*. De ahí que la posibilidad de destitución pueda actuar como un incentivo para conseguir el objetivo pactado, puesto que la sanción por incumplimiento —la destitución— está preestablecida. Del principio de responsabilidad *ad hominem* deriva la inevitable estructura orgánica unipersonal del supremo órgano rector del Banco, frente a la organización colegiada que es habitual en los modelos comparados, pues la imputación de responsabilidades en un órgano colegiado tendría evidentes problemas. Este hecho tiene una consecuencia trascendental. Significa nada menos que la obligación del Banco de Nueva Zelanda, personalizada en su gobernador, de conseguir la estabilidad de precios es una obligación de resultado y no una mera obligación de medios.

---

(28) De ahí que el objetivo de la política monetaria sea calificado como una obligación *ad hominem* por Laurence GORMLEY y Jakob DE HAAN, “The democratic deficit of the European Central Bank”, *European Law Review*, vol. 21, núm. 2, abril de 1996 (pp. 95-112), p. 98.

(29) La decisión sobre el cese del gobernador queda sujeta al juicio y la apreciación de la Junta Directiva y del ministro de Economía. Así sucedió por ejemplo en 1995, cuando no se cumplió el objetivo fijado en el PTA. El gobernador se declaró “plenamente responsable” por no haber reaccionado prontamente a las presiones inflacionistas, pero, basándose en el carácter temporal del incumplimiento, afirmó que no dimitiría, posición que fue respaldada por el ministro de Economía. Posteriormente, en abril de 1996, la Junta Directiva comunicó formalmente al ministro de Economía que el objetivo sería nuevamente incumplido, apoyando no obstante y de forma simultánea la actuación y eficacia del gobernador (basándose en la buena tendencia de la inflación subyacente) y recomendando su continuación en el cargo. *Vid.* MISHKIN y POSEN, “Inflation targeting: lessons from four countries”, op. cit., pp. 45-46.

(30) LLOYD, “The New Zealand Approach to Central Bank Autonomy”, op. cit., p. 213.

La existencia de una estructura individual de toma de decisiones —frente a la colegiada— ha sido defendida recientemente en un Informe elaborado por los consejeros no ejecutivos de la Junta Directiva, en el sentido de que refuerza la responsabilidad y hace posible la coherencia en la toma de decisiones y en la política de comunicación del Banco. Sus potenciales elementos de debilidad, como serían una mayor exposición al riesgo de la única persona, la posible captura de la política por una sola forma de pensamiento y el cuestionamiento por parte de los ciudadanos de su legitimidad, se encuentran contrarrestados por los siguientes factores: la existencia de un riguroso procedimiento de designación del gobernador, la vinculación de este último al PTA (con lo que carece de independencia de objetivos) y el constante control por parte de la Junta Directiva sobre la actuación del gobernador<sup>(31)</sup>.

### 3.2. Los subgobernadores como órganos de apoyo

La Ley prevé la existencia de uno o dos subgobernadores, cuyas funciones serán determinadas por el gobernador. Es decir, éste puede fijar discrecionalmente las concretas obligaciones de los subgobernadores. Su nombramiento es efectuado por la Junta Directiva a partir de una recomendación del propio gobernador. Nos encontramos de nuevo ante un mecanismo de doble veto, al requerirse el concurso de las voluntades del gobernador y de la Junta.

En caso de optarse por dos subgobernadores, uno de ellos será designado director general adjunto del Banco (art. 43). Su mandato, al igual que sucede con el gobernador, es de cinco años, con posibilidad de prórrogas sucesivas por el mismo plazo (art. 44.1). Como puede observarse, los subgobernadores se configuran como apéndices del gobernador, como cargos de apoyo y de su entera confianza. Los subgobernadores pueden ser destituidos de su cargo por parte de la Junta Directiva sobre la base de una recomendación del gobernador y en virtud de lo establecido a tal efecto en sus condiciones de empleo (art.

---

(31) *Vid.* “Submission to the Independent Review of Monetary Policy by the Non-executive Directors of the Reserve Bank of New Zealand” septiembre de 2000, pp. 14-17. Por contra, el profesor Lars E.O. SVENSSON, en su informe independiente sobre la política monetaria del Banco neozelandés dirigido al ministro de Economía, considera dicha estructura monocrática como un elemento de debilidad, inclinándose por la creación de un Comité de Política Monetaria como supremo órgano decisor en el ámbito monetario. *Vid.* “Independent Review of the Operation of Monetary Policy in New Zealand: Report to the Minister of Finance”, febrero de 2001, pp. 64-65.

45)<sup>(32)</sup>. Además, pueden ser destituidos por el Gobernador General mediante Orden Real, a propuesta del ministro y por motivos tasados detallados en el artículo 50.2<sup>(33)</sup>.

### 3.3. La Junta Directiva como órgano de vigilancia y control

La Ley configura la Junta Directiva como un órgano fundamentalmente de control, con funciones de verdadero “*watchdog*”, cuyo principal cometido es la supervisión y vigilancia continua del buen funcionamiento del Banco y del cumplimiento de las obligaciones del gobernador (art. 53)<sup>(34)</sup>. En realidad, la Junta actúa como un agente del Gobierno: la Junta es “los ojos y los oídos del Gobierno”<sup>(35)</sup>. Su segunda gran responsabilidad consiste en efectuar la recomendación para el nombramiento de este último (art. 40.1).

La existencia de esta Junta Directiva no implica en ningún caso la consagración de una suerte de “gobierno dual” del Banco —gobernador y Junta Directiva—, en lo que vendría a constituir la normal coexistencia de un órgano unipersonal y un órgano colegiado. La Junta no tiene conferidas atribuciones decisorias sobre las políticas (monetaria, de supervisión, etc.) del Banco, ni tan siquiera participa en el proceso de toma de decisiones<sup>(36)</sup>. Ya se ha dicho que las competencias decisorias están concentradas en la figura del gobernador, mientras que a la Junta queda reservado el papel de órgano de control, vigilancia y supervisión. Esta configuración refleja la voluntad del legislador de que existiera un único responsable en relación con los resultados de la política monetaria. Ciertamente, cuando el poder de decisión recae en un órgano colegiado las

---

(32) Aunque legalmente la propuesta del gobernador no es vinculante, dada la posición central que aquél ocupa en la estructura del Banco parece razonable sostener que la Junta debería seguir la recomendación, para garantizar así el necesario poder de disposición del gobernador sobre los subgobernadores. AMTENBRINK, “The Democratic Accountability of Central Banks. A comparative study of the European Central Bank”, op. cit., p. 274.

(33) Coinciden con algunas de las que habilitan a destituir al gobernador, en concreto, las establecidas en el art. 49.2.c), h) e i). Por otro lado, les son de aplicación los arts. 46 y 47 relativos a las causas de incompatibilidad aplicables al gobernador.

(34) Se entiende que esta función la realiza en nombre del ministro, actuando como un agente suyo. *Vid.* RESERVE BANK OF NEW ZEALAND, “Explaining the 1989 Act”, op. cit., p. 5.

(35) Expresión utilizada por AMTENBRINK, “The Democratic Accountability of Central Banks. A comparative study of the European Central Bank”, op. cit., p. 239.

(36) De ahí que no reciba información sensible con anterioridad a los mercados. RESERVE BANK OF NEW ZEALAND, “The Reserve Bank of New Zealand Act 1989: Our accountability to New Zealanders”, op. cit., p. 10.

políticas tienden a producir resultados menos variables a los cambios de sus miembros, pero la responsabilidad resulta mucho más difusa. Esta consideración es la que precisamente prevaleció en el diseño de los órganos rectores efectuada por la Ley.

La Junta Directiva está integrada por entre siete y diez miembros: el gobernador, uno o dos subgobernadores y entre cuatro y siete consejeros no ejecutivos. Los consejeros no ejecutivos serán nombrados por el ministro de Economía (art. 54.1 y 2) y su mandato es de cinco años renovables (art. 55.1 y 3)<sup>(37)</sup>. Está previsto el encabalgamiento de los mandatos, de manera que se asegure que en un mismo año no finalicen su cargo a la vez más de dos consejeros no ejecutivos (art. 55.2). La Ley establece también los supuestos tasados que permiten la remoción de su cargo de los consejeros no ejecutivos<sup>(38)</sup>, en caso de que éstos hayan incurrido en alguna de las conductas que se especifican<sup>(39)</sup>, así como los supuestos de incompatibilidad<sup>(40)</sup>.

No existe ninguna previsión que exija la presencia de intereses sectoriales o regionales en la Junta<sup>(41)</sup>. Sin embargo, la Ley prevé determinados requisitos que deben reunir los consejeros no ejecutivos, tomando en consideración sus

---

(37) Se está gestando en la actualidad un notable consenso acerca de la conveniencia de que el gobernador no presida la Junta Directiva, teniendo en cuenta que una de las principales funciones de esta última consiste en controlar la actuación del Banco y de su gobernador en particular. Situando la presidencia en manos de un consejero no ejecutivo dicha tarea resultaría más independiente —y percibida como tal— del gobernador. En esta dirección se pronuncia el Informe de los consejeros no ejecutivos y en la misma línea se ha manifestado también el propio gobernador en sus comentarios acerca del Informe Svensson. *Vid.* “Submission to the Independent Review of Monetary Policy by the Non-executive Directors of the Reserve Bank of New Zealand”, op. cit., pp. 17-18 y “The Reserve Bank’s submission to the minister of Finance on the Monetary Policy Review conducted by Professor Lars Svensson”, p. 7.

(38) Formalmente efectuada por el Gobernador General, mediante Orden Real (*Order in Council*), a partir de una propuesta del ministro.

(39) En concreto, tal como dispone el art. 59.2:

“(a) Es incapaz o ha fracasado en el cumplimiento de las obligaciones que tiene como consejero del Banco en virtud de esta Ley; o

(b) Es culpable de mala conducta; o

(c) Ha obstaculizado, perturbado o impedido al gobernador el cumplimiento de las responsabilidades que tiene en virtud de esta Ley”.

(40) Los supuestos de incompatibilidad para ser nombrados o renovados para el cargo de consejeros no ejecutivos están previstos en el art. 58.

(41) Pese a ello, en la práctica sí se da una presencia equilibrada de los mismos.

conocimientos y experiencia, así como potenciales conflictos de intereses<sup>(42)</sup>. Cabe destacar el contraste que ello supone con los cargos de gobernador y subgobernadores, ya que para éstos no están previstas cualidades especiales.

En una línea coherente con el estatuto de autonomía del Banco, la vigente Ley suprime la condición —prevista en la anterior Ley— de miembro nato de la Junta Directiva del secretario del Tesoro —que no gozaba sin embargo de derecho de voto—, lo que resulta más acorde con la voluntad de otorgar al Banco plena autonomía en materia de política monetaria: un representante gubernamental podría diluir el papel de la Junta como órgano de control de la actividad del Banco<sup>(43)</sup>.

Como ya hemos avanzado, la Junta Directiva tiene como principal y específica función controlar el cumplimiento tanto por parte del Banco como por parte del gobernador de los objetivos y tareas que tienen asignadas, lo que implica la evaluación de sus respectivas actividades en lo que se refiere tanto a los objetivos de la política monetaria como a los demás objetivos legales del Banco y, asimismo, todo lo referente a la compatibilidad entre los objetivos de la política monetaria y los *Monetary Policy Statements* (Declaraciones trimestrales que elabora el Banco sobre la política a seguir) y al uso eficiente de los recursos de la entidad. La Junta puede también asesorar y aconsejar al gobernador en todas aquellas cuestiones que afectan a las funciones de la entidad, aunque no participa en ningún caso en la elaboración de la política monetaria<sup>(44)</sup>. Asimismo, informa regularmente al Gobierno y sus consejeros no ejecutivos se reúnen, por

---

(42) Establece el art. 56:

“Consideraciones relativas al nombramiento de consejeros no ejecutivos - Al considerar el nombramiento o prórroga de una persona en el cargo de consejero no ejecutivo del Banco, el ministro tendrá en cuenta, en relación con dicho cargo:

- (a) Los conocimientos, habilidad y experiencia de la persona; y
- (b) La probabilidad de cualquier conflicto entre los intereses del Banco y cualquier interés que dicha persona tenga o represente”.

(43) Vid. LLOYD, “The New Zealand Approach to Central Bank Autonomy”, op. cit., p. 215.

(44) Las concretas atribuciones de la Junta Directiva vienen establecidas en el art. 53 de la Ley:

“Obligaciones de la Junta - (1) Con sujeción a esta Ley, la Junta del Banco:

- (a) Realizará el seguimiento de la actuación del Banco en la realización de sus funciones;
- (b) Realizará el seguimiento de la actuación del gobernador en la ejecución de las responsabilidades de su cargo;
- (c) Realizará el seguimiento de la actuación del gobernador tendente a asegurar que el Banco alcanza los objetivos de política convenidos con el ministro en virtud del artículo 9.º o del artículo 12.7.b) de esta Ley;

lo general semestralmente, con el ministro de Economía<sup>(45)</sup>. En lo que atañe a su competencia para recomendar el candidato al cargo de gobernador a efectos de su ulterior nombramiento por el ministro, la propuesta no tiene carácter vinculante y puede ser rechazada, con lo que deberá proponer otro candidato<sup>(46)</sup>.

La Junta debe reunirse como mínimo diez veces al año<sup>(47)</sup> y puede instituir comités integrados por uno o más de sus miembros, a los que puede delegar determinadas de sus funciones y potestades (art. 62). Esta última posibilidad reviste una importancia muy notable, en la medida que la función de controlar la actuación del gobernador y recomendar su nombramiento o renovación —al igual que el de los subgobernadores— podría verse dificultada por la presencia de todos ellos en la Junta como miembros. De ahí que se haya creado un Comité de consejeros no ejecutivos integrado exclusivamente por los consejeros no ejecutivos —actualmente siete— que asume, entre otras funciones, las responsabilidades referidas al nombramiento y renovación del gobernador y subgobernadores (y que actúa independientemente de dichos consejeros ejecutivos), el control de la eficacia de la actuación del gobernador<sup>(48)</sup>, así como la remune-

---

(d) Determinará si los *Policy Statements* realizados conforme al artículo 15 de esta Ley son conformes con la función principal del Banco y con los objetivos de política convenidos con el ministro en virtud del artículo 9 o del artículo 12.7.b) de esta Ley:

(e) Realizará el seguimiento de la utilización de los recursos del Banco.

(2) La Junta puede aconsejar al gobernador sobre cualquier cuestión relativa a la realización de las funciones del Banco y el ejercicio de sus poderes(...)."

(45) RESERVE BANK OF NEW ZEALAND, "This is the Reserve Bank. Our Commitment to New Zealanders", op. cit., p. 5 y "Briefing on the Reserve Bank of New Zealand", op. cit., p. 1.

(46) RESERVE BANK OF NEW ZEALAND, "Briefing on the Reserve Bank of New Zealand", op. cit., p. 1.

(47) En lo que a su régimen jurídico se refiere, la Ley establece que los acuerdos se adoptan por mayoría de los votos de los miembros presentes, teniendo en cuenta que el quórum para la adopción de acuerdos es de cinco miembros, de los que al menos tres deben ser consejeros no ejecutivos (art. 60.6 y 7). Con todo, el subgobernador que no tenga la condición de director general adjunto no dispondrá de derecho de voto cuando estén presentes el gobernador, el subgobernador-director general adjunto y sólo tres consejeros no ejecutivos (art. 60.9). El miembro que presida la sesión (el gobernador, en su ausencia el subgobernador-director general adjunto, y en ausencia de éste uno de los restantes miembros) goza de derecho de voto y, en caso de empate, de voto de calidad (art. 60.8).

(48) Merece destacarse al respecto que cuando en junio de 1995 la inflación subyacente (tasa de crecimiento interanual centrada en la tendencia del índice de precios correspondiente) superó el objetivo previsto en 0,2 puntos porcentuales —y nuevamente cuando en marzo de 1996 el objetivo fue superado en 0,1 puntos porcentuales—, el ministro de Economía solicitó inmediatamente un informe oficial sobre la actuación del gobernador a los consejeros no ejecutivos de la Junta Directiva. Citado por ALMEIDA y GOODHART, "¿Afecta la adopción de objetivos directos de inflación al comportamiento de los bancos centrales?", op. cit., p. 580.

ración de este último. Existen otros dos comités con presencia exclusiva de los consejeros no ejecutivos <sup>(49)</sup>.

#### IV. LOS *POLICY TARGETS AGREEMENTS* (PTA): EL ENFOQUE CONTRACTUAL EN LA POLÍTICA MONETARIA

Los *Policy Targets Agreements* (PTA) se muestran como una de las piezas esenciales de la Ley de 1989, al constituir el eje sobre el que gira la política monetaria. En efecto, de acuerdo con las previsiones del art. 9 de la Ley <sup>(50)</sup>, el núcleo de la política monetaria reside en el Convenio acordado entre el gobernador —quien lo suscribe por razón de su cargo pero a título personal— y el ministro de Economía <sup>(51)</sup>, denominado *Policy Targets Agreement* (PTA), es decir, “Convenio sobre Objetivos de Política” (monetaria) <sup>(52)</sup>.

---

(49) Se trata del comité de auditoría, que controla la gestión financiera del Banco, y el comité de registro, que asesora al gobernador sobre la gestión del Banco en las operaciones de autorización de bancos comerciales. Los tres comités existentes se reúnen regularmente. Vid. RESERVE BANK OF NEW ZEALAND, “Briefing on the Reserve Bank of New Zealand”, op. cit., p. 1.

(50) Que dispone lo siguiente:

“(1) El ministro, antes de nombrar o nombrar de nuevo a una persona como gobernador, y de común acuerdo con ella, fijará objetivos de política [*monetaria*] para la realización por parte del Banco de su principal función durante el plazo del mandato de dicha persona, o su siguiente plazo como gobernador.

(...)

(3) Los objetivos de política pueden ser fijados para el plazo del mandato del gobernador o para períodos específicos durante el plazo del mandato del gobernador, o por ambos.

(4) El ministro y el gobernador pueden, en cualquier momento: (a) Revisar o modificar cualquier objetivo de política fijado en virtud de este artículo, (b) Sustituir objetivos fijados en virtud de este artículo por nuevos objetivos de política.

(5) Cuando se fijen objetivos de política en virtud de este artículo, (a) el ministro asegurará su constancia por escrito y (b) el gobernador asegurará que serán presentados en la primera sesión de la Junta que tenga lugar después de la fecha en que fueran fijados y (c) el ministro, tan pronto como sea factible después de ser fijados, los publicará en la *Gazette* y remitirá una copia al Parlamento (*House of Representatives*).

(51) Sobre la influencia del gobernador en las negociaciones del PTA, afirma AMTENBRINK que, aun resultando difícil de valorar dada la falta de información al respecto, en el seno del Banco parece imponerse la idea de que, en lo que afecta a su contenido, el gobernador debe acomodarse a la voluntad política del Gobierno en tanto que órgano con legitimidad democrática. “The Democratic Accountability of Central Banks. A comparative study of the European Central Bank”, p. 210. En esta misma línea, según DEANE y PRINGLE, en la práctica el objetivo de inflación lo decide el Gobierno. “Bancos centrales”, op. cit., p. 370.

(52) Desde la entrada en vigor de la Ley del Banco de la Reserva de Nueva Zelanda han sido suscritos seis PTA entre el gobernador (siempre la misma persona, Donald T. Brash) y los sucesivos ministros: el primero de marzo de 1990, el segundo de 19 de diciembre de 1990, el tercero de 16 de diciembre de 1992, el cuarto de 10 de diciembre de 1996, el quinto de 15 de

Dicho Convenio viene a ser en lo esencial un contrato sobre objetivos y de cumplimientos a realizar por el gobernador en el plazo de su mandato<sup>(53)</sup>. El PTA incluye una declaración sobre el objetivo de la política monetaria, una descripción de cómo debe medirse la estabilidad de precios, los factores que pueden justificar la superación del margen de inflación pactado y los principios de instrumentación de la política monetaria<sup>(54)</sup>.

Su finalidad es la de otorgar transparencia a la actuación del Banco y, de forma especial, se erige en estándar para medir su eficacia y la responsabilidad del gobernador. Sirve como un patrón para acotar y delimitar sus responsabilidades en el cumplimiento de los objetivos del Banco, tanto a los efectos de exigencia como de descargo de las mismas. Debe hacerse hincapié que en los PTA acordados hasta el momento únicamente se han pactado obligaciones a cumplir por parte del Banco, y no por el Gobierno, que no compromete en principio ningún aspecto de su política económica o presupuestaria.

Uno de los rasgos más remarcables es el carácter *intuitu personae* del acuerdo, pues se trata de un convenio que el ministro, como miembro del Gobierno, suscribe no con el Banco sino con su gobernador, pues éste obra en nombre propio y a título personal.

---

diciembre de 1997 y el sexto de 16 de diciembre de 1999. Sólo el segundo y el tercero fueron suscritos con el mismo ministro. El actual gobernador fue nombrado en 1988 con un mandato hasta 1993, renovado hasta 1998 y de nuevo renovado hasta el 2003. Como puede observarse, los PTA no han coincidido con dichos mandatos, ya que por diversas razones (cambio de Gobierno, etc.) se han renegociado y firmado nuevos Convenios. Así por ejemplo, el primer PTA de marzo de 1990 fue renegociado con el nuevo ministro de Economía en diciembre del mismo año. Este nuevo PTA tenía una vigencia prevista hasta 1993, aunque en diciembre de 1992 fue acordado un tercer PTA (con el mismo ministro), que dispuso su vigencia hasta el final del próximo mandato del gobernador, es decir, 1998. Con el cambio de Gobierno en 1996, fue suscrito un nuevo PTA y, al cabo de un año, fue suscrito otro con el nuevo ministro; finalmente el 16 de diciembre de 1999 se firmó el vigente PTA con el actual ministro y su vigencia debe extenderse en principio hasta el año 2003, fecha de expiración del mandato del gobernador. Los cuatro últimos PTA pueden consultarse en <http://www.rbnz.govt.nz/pta92.htm>, <http://www.rbnz.govt.nz/pta96.htm>, <http://www.rbnz.govt.nz/pta97.htm> y <http://www.rbnz.govt.nz/pta.htm>.

(53) Precisamente, el Informe Svensson expresa su preocupación por el hecho de que en solo once años hayan sido suscritos seis PTA, cuando la estabilidad y credibilidad del régimen monetario instituido demandarían que cada PTA se mantuviera vigente para todo el período de cinco años de mandato del gobernador, salvo cambio de gobernador o de Gobierno. Vid. Lars., E.O. SVENSSON, "Independent Review of the Operation of Monetary Policy in New Zealand, Report to the Minister of Finance", op. cit., p. 64.

(54) RESERVE BANK OF NEW ZEALAND, "The Reserve Bank of New Zealand Act 1989: Our accountability to New Zealanders", op. cit., p. 6.

La Ley establece que los *policy targets* deben constar claramente en el PTA, pero nada especifica acerca de su naturaleza. Normalmente en ellos se establece un objetivo de inflación concreto y determinado, aunque sería posible también expresar el objetivo en términos de otra variable relevante, como un objetivo intermedio (por ejemplo, un agregado monetario o un tipo de cambio), en caso de considerarse preferible<sup>(55)</sup>. En este sentido, la definición de estabilidad de precios contenida en el vigente PTA que oscila en la banda del 0-3% de inflación anual, como lo era la anterior del 0-2%, constituye una definición que puede calificarse de estricta y transparente<sup>(56)</sup>, que facilita enormemente el control de la actuación del Banco y de sus políticas, reforzando a la vez su responsabilidad pública; en especial, si se analizan modelos comparados<sup>(57)</sup>.

---

(55) En general, se considera que un objetivo especificado en términos de objetivo final de inflación, definido de forma apropiada y adecuada, es preferible a un objetivo concretado en términos de un agregado monetario intermedio, dado que desde un punto de vista empírico aún no es posible identificar un determinado agregado monetario cuya relación con la inflación y el crecimiento de los ingresos nominales sea lo suficientemente fiel y claro. Vid. LLOYD, "The New Zealand Approach to Central Bank Autonomy", op. cit., p. 213.

(56) El incremento de un punto porcentual de la banda de inflación tolerada (0-3% en lugar de 0-2%) no equivalía, según el gobernador Donald T. Brash, a una vulneración del objetivo de estabilidad de precios previsto legalmente; tal previsión no significaba en modo alguno que el Banco de Nueva Zelanda tuviese por objetivo el 3% de inflación o una cifra cercana al dicho porcentaje, sino que, por el contrario, el Banco se esforzaría en conseguir que se situase a la mitad del intervalo (es decir, 1,5%), de igual forma que cuando el objetivo máximo era del 2% intentaba conseguir el 1%. Según el gobernador, sería peligroso que los ciudadanos asumieran que, con el cambio de objetivo, la inflación automáticamente se incrementaría en un punto. Donald T. BRASH, "The New Inflation Target, and New Zealander's Expectations about Inflation and Growth", conferencia pronunciada en la *Canterbury Employer's Chamber of Commerce* (Christchurch), el 23 de enero de 1997, <http://www.rbnz.govt.nz/speeches/sp970123.htm>. Tal como había afirmado en 1996, "Nosotros aspirábamos anteriormente al 1%. Ahora es el 1,5%". Citado por MISHKIN y POSEN, "Inflation targeting: lessons from four countries", op. cit., p. 47.

(57) En el caso del *Bundesbank*, la estrategia de su política monetaria se basaba en los objetivos monetarios y no en objetivos directos de inflación, mientras en el de la Reserva Federal de Estados Unidos tampoco existe un referente numérico, al considerarse que la política monetaria debe apuntar a conseguir una inflación a un nivel lo suficientemente bajo como para no afectar sistemáticamente las decisiones económicas. En cualquier caso, los Bancos centrales que en ocasiones han anunciado objetivos de inflación especificados numéricamente (como es el caso del BCE) lo hacen sin un soporte normativo obligatorio.

El último PTA suscrito entre el ministro del Tesoro y el gobernador del Banco es de fecha 16 de diciembre de 1999<sup>(58)</sup>. En él —de forma similar a los anteriores— destaca la previsión de que se produzcan determinadas circunstan-

---

(58) El PTA suscrito el 16 de diciembre de 1999 entre el ministro del Tesoro (*Treasurer*) y el gobernador del Banco de la Reserva de Nueva Zelanda, cuya aplicación se dispone para el período que resta del mandato del gobernador (31 de agosto del 2003), establece lo siguiente:

“1. Estabilidad de Precios

Con arreglo al artículo 8 de la Ley y las disposiciones de este Convenio, el Banco de la Reserva debe formular y ejecutar la política monetaria con la finalidad de mantener la estabilidad del nivel general de precios, de manera que la política monetaria pueda producir su máxima contribución al crecimiento económico sostenible, al empleo y al desarrollo de oportunidades en la economía de Nueva Zelanda.

2. Objetivo de Política

a) En el ejercicio del objetivo de la estabilidad general del nivel de precios, el Banco controlará los precios con una medición a través de un conjunto de índices de precios. El objetivo de estabilidad de precios será definido en términos del *All Groups Consumers Price Index* (CPI), tal y como son hechos públicos por *Statistics New Zealand* [Servicio de Estadística de Nueva Zelanda].

b) A los fines de este Convenio, los objetivos de política serán los incrementos en el CPI de entre el 0 y el 3% durante el período de 12 meses.

3. Acontecimientos inusuales

a) Existen una serie de acontecimientos que pueden tener un significativo impacto temporal sobre la inflación medida a través del CPI y que ocultan la tendencia subyacente de los precios que constituyan el enfoque correcto de la política monetaria. Estos acontecimientos pueden incluso conducir los resultados de la inflación fuera de la línea de su objetivo. Tales perturbaciones incluyen, por ejemplo, cambios de dirección en el nivel agregado de precios como resultado de movimientos excepcionales en los precios de las mercancías en los mercados mundiales, cambios en los impuestos indirectos, cambios significativos en las políticas gubernamentales que afecten directamente a los precios, o desastres naturales que afecten a una gran parte de la economía.

b) Cuando se produzcan trastornos como los descritos en la cláusula 3(a), el Banco reaccionará para prevenir la emergencia de presiones inflacionistas generales.

4. Puesta en práctica y rendición de cuentas (*accountability*)

a) El Banco pondrá todo su empeño, constancia y diligencia, en alcanzar el objetivo de política establecido en este convenio.

b) Se ha constatado que, en ocasiones, los resultados de la inflación pueden superar el margen del objetivo. En tales ocasiones, o cuando se prevea que ello sucederá, el Banco explicará, en los *Policy Statements* realizados en virtud del art. 15 de la Ley, por qué han ocurrido tales resultados o se prevé que ocurran y las medidas que se hayan adoptado o se propone adoptar para asegurar que la inflación vuelva dentro de su límite.

c) El Banco ejecutará la política monetaria de forma sostenible, consistente y transparente e intentará evitar una innecesaria inestabilidad en la producción, tipos de interés y tipo de cambio.

d) El Banco será plenamente responsable de sus decisiones y acciones en la ejecución de la política monetaria”.

Hon. Michael Cullen (Treasurer)-Donald T. Brash (Governor of the Reserve Bank of New Zealand), “Policy Targets Agreement”, Wellington, 16 de diciembre de 1999, <http://www.rbnz.govt.nz/pta.htm>.

cias imprevistas que sitúen la inflación al margen de la banda del 0-3%; en concreto, se trata de acontecimientos que pueden tener un impacto temporal significativo sobre la inflación y que oculten la tendencia subyacente de los precios. Estos supuestos son los siguientes: cambios de dirección en el nivel agregado de precios como resultado de movimientos excepcionales en los precios de las mercancías en los mercados mundiales, cambios en los impuestos indirectos, cambios significativos en las políticas gubernamentales que afecten directamente a los precios o desastres naturales que afecten a una gran parte de la economía<sup>(59)</sup>.

Cuando se produzcan estos trastornos temporales el Banco viene obligado a reaccionar de manera a prevenir la emergencia de presiones inflacionistas generales. Al tratarse de fenómenos exógenos el gobernador no puede resultar responsable. No obstante, el PTA obliga al Banco en tales ocasiones —o simplemente ante la eventualidad de que suceda— a explicitar en los *Policy Statements* las razones por los que los resultados de la inflación han superado el límite previsto, así como las medidas que se hayan adoptado, o se propone adoptar, para asegurar que la inflación vuelva dentro de sus límites.

La Ley (art. 9.4) otorga al ministro y al gobernador la facultad de revisar o modificar los objetivos de política, y a sustituirlos por otros nuevos<sup>(60)</sup>. Algunos propios PTA —no el vigente— han previsto también específicamente la posibilidad de renegociar los objetivos de política, en concreto, cuando los instrumentos de política monetaria disponibles por parte del Banco no fuesen idóneos o efectivos a sus fines<sup>(61)</sup>.

---

(59) Se trata de las mismas circunstancias que las que constaban en el PTA de 1997. En los PTA de 1992 y 1996 (art. 3) estas circunstancias extraordinarias eran las siguientes: variaciones en las condiciones del comercio originadas por un aumento o disminución en los precios de exportación o importación, variaciones en el principal impuesto indirecto o en los tributos locales, desastres naturales, caída en las cifras de ganado provocada por enfermedad o un impacto significativo en el nivel de precios originado por cambios de Gobierno.

(60) Vid. *supra* nota 50.

(61) Así por ejemplo, el primer PTA, que fue firmado en marzo de 1990, fue renegociado con el nuevo ministro de Economía en diciembre del mismo año. Este nuevo PTA preveía un objetivo de inflación hasta 1993, aunque en diciembre de 1992 fue nuevamente renegociado y se firmó un tercer PTA, donde se estableció que el objetivo debía cumplirse desde entonces hasta el final del mandato del gobernador en 1998. Con el cambio de Gobierno en 1996, fue suscrito, nuevamente al amparo del art. 9.4, un nuevo PTA, en que se aumentó la banda hasta entonces vigente del 0-2% al 0-3%. El PTA de 1997 se fundamenta tanto en el art. 9.1 como en el 9.4 de la Ley, al igual que el vigente PTA de 1999, que incorpora dos innovaciones: la vuelta al índice de inflación CPI (en lugar del CPIX) y la necesidad de que el Banco, en su tarea de alcanzar la estabilidad de precios, trate de evitar cualquier inestabilidad innecesaria en la producción, los tipos de interés y el tipo de cambio.

Como ya se ha expuesto, la concreción de lo que se entiende por “estabilidad del nivel de precios” viene determinada en el PTA. En el primero de ellos suscrito después de la entrada en vigor de la Ley de 1989, el objetivo de inflación se situaba en la banda del 0-2%. El 10 de diciembre de 1996 se suscribió uno nuevo que sustituyó al anterior, mediante el cual se amplió la banda, situándola en el 0-3% anual, banda que se ha mantenido en los PTA de 1997 y 1999. Pues bien, dicha ampliación, impuesta en su momento por la parte gubernamental, se debió precisamente a razones estrictamente políticas<sup>(62)</sup>. Por otro lado, en los tres últimos PTA se indica que a través de esta política monetaria dirigida a mantener estable el nivel general de precios puede contribuirse al máximo al crecimiento económico sostenible, al empleo y a las oportunidades de desarrollo de la economía neozelandesa<sup>(63)</sup>.

Por último, cabe decir que los PTA habían dispuesto hasta 1997 que el índice de inflación de referencia fuera el “*All Groups Consumers Price Index*” (CPI) —el equivalente a nuestro Índice de Precios al Consumo (IPC)—, que mide los precios medios de todos los bienes y servicios que se consumen habitualmente por las unidades familiares de Nueva Zelanda<sup>(64)</sup>. El PTA de 1997 recurrió al denominado CPIX, es decir, el índice de precios al consumo excluida una variable (los costes crediticios, básicamente los costes por intereses hipotecarios), previendo además la posibilidad de acordar un índice de precios (que mide la inflación) alternativo al indicado. Sin embargo, el vigente PTA de 1999 ha vuelto al CPI como índice de medición.

---

(62) El PTA de diciembre de 1996 fue suscrito por el nuevo Gobierno, formado por el *National Party* (conservador) y un nuevo partido, el *New Zealand First*, favorable a la protección de los intereses de los exportadores y contrario, por tanto, a la apreciación del dólar neozelandés provocada por la política de dinero escaso. Como parte del acuerdo de coalición entre ambos partidos, se consensuó que el objetivo de inflación se situaría en la banda del 0-3%, lo que efectivamente que incluido en el PTs. Vid. Gregory B. CHRISTAINSEN, “The Role of Forecasting in Meeting Inflation Targets: The Case of New Zealand”, *Cato Journal*, vol. 17, núm. 1, primavera-verano de 1997 (pp. 23-33), p. 30.

(63) Como ha afirmado CHRISTAINSEN, el Banco central de Nueva Zelanda considera la estabilidad del nivel de precios como una precondition para el crecimiento económico sostenible y existe un amplio consenso en dicho país en el sentido de que los cambios introducidos en el PTA de 1996 eran un simple “maquillaje”. “The Role of Forecasting in Meeting Inflation Targets: The Case of New Zealand”, op. cit., p. 31.

En realidad, en el art. 1 de los PTA de 1996 y 1997 se establece que “el Banco formulará e implementará la política monetaria con el objetivo de mantener un nivel general de precios estable, de manera que la política monetaria pueda hacer su máxima contribución al crecimiento económico sostenible, al empleo y a las oportunidades de desarrollo”.

(64) RESERVE BANK OF NEW ZEALAND, *Explaining Inflation*, Wellington, s.a., p. 3.

## V. LOS *POLICY STATEMENTS* COMO MECANISMO DE DACIÓN DE CUENTAS

La rendición de cuentas del Banco central neozelandés ante la opinión pública se expresa especialmente a través de los *Policy Statements* o “Declaraciones sobre la política (monetaria)”<sup>(65)</sup>, que el Banco está obligado a publicar trimestralmente (hasta 1998 semestralmente). La Declaración especifica las políticas mediante las cuales el Banco intentará alcanzar sus objetivos de política monetaria, expone las razones de su adopción, proporciona las perspectivas sobre política monetaria para los próximos cinco años, lleva a cabo predicciones sobre la inflación futura<sup>(66)</sup> y, finalmente, analiza y valora la política monetaria de los seis meses precedentes. Dichas Declaraciones sobre política

(65) El art. 15 establece:

“(1) Dentro de los tres meses después del inicio de vigencia de esta Ley, y por intervalos no inferiores a seis meses después de la publicación de cada precedente declaración y con mayor frecuencia si lo ordena el ministro, el Banco entregará al ministro y publicará una declaración de política (*policy statement*) para los próximos seis meses o por otro período que podrá ser especificado por el ministro y ordenado al Banco.

(2) El *policy statement* será firmado por el gobernador y:

(a) especificará las políticas y los medios a través de los cuales el Banco se propone conseguir los objetivos de política establecidos en virtud del artículo 9 de esta Ley.

(b) establecerá las razones por las que adopta estas políticas y estos medios.

(c) contendrá una declaración sobre cómo el Banco propone que puede ser definida y ejecutada la política monetaria en los próximos cinco años.

(d) contendrá un análisis y evaluación de la ejecución por parte del Banco de la política monetaria durante el período relativo al anterior *policy statement*.

(3) Cada *policy statement*, en virtud de este artículo, será remitido a:

(a) El Parlamento y

(b) El Comité del Parlamento responsable del análisis del conjunto de la gestión financiera de los Ministerios del Gobierno y otras entidades públicas”.

(66) Los *Policy Statements* incluyen “proyecciones económicas” (anteriormente publicadas de forma separada), a través de las cuales el Banco lleva a cabo predicciones sobre inflación. En 1997, el proceso para realizar esta actividad prospectiva era el siguiente: el índice de precios al consumo se desagregaba en 40 partes y las previsiones se referían a cada una de las partes, que posteriormente se ponderaban a fin de pronosticar el cambio trimestral en los porcentajes en lo que se refería al agregado. El organismo público *Statistics New Zealand* proporcionaba mensualmente datos sobre cuestiones significativas como las ventas al por menor, precios de alimentos, tráfico de mercancías, salarios y empleo. El Banco de la Reserva dirigía los informes y encuestas, enviando personal a algunas grandes empresas de las áreas metropolitanas para determinar el alcance de la actividad económica y las presiones inflacionistas. Las encuestas y visitas *in situ* eran especialmente útiles para identificar los aspectos cambiantes del comportamiento empresarial. CHRISTAINSEN, “The Role of Forecasting in Meeting Inflation Targets: The Case of New Zealand”, op. cit., p. 27. Vid. también AMTENBRINK, “The Democratic Accountability of Central Banks. A comparative study of the European Central Bank”, p. 322.

monetaria vienen a ser el principal canal a través del cual el Banco da cuentas de su actividad en relación con la política monetaria. Deben publicarse trimestralmente <sup>(67)</sup> y ser debatidas en el *Select Committee for Finance and Expenditure* del Parlamento.

Los *Policy Statements* constituyen para el Banco un medio privilegiado para rendir cuentas de su política y de las medidas adoptadas y, simultáneamente, un vehículo eficaz para poder ser controlado por el Parlamento, el Gobierno y la opinión pública <sup>(68)</sup>, ya que permiten revisar la puesta en práctica de la política monetaria en el período comprendido entre la actual y la anterior Declaración, así como conocer las políticas y medios a través de los cuales se conducirá la política monetaria hacia la estabilidad de precios.

## VI. LA INTERVENCIÓN DEL GOBIERNO EN LOS ÁMBITOS COMPETENCIALES DEL BANCO

### 6.1. Participación en la determinación de los objetivos de la política monetaria: la potestad gubernamental del *ius variandi*

Con anterioridad a la Ley de 1989, la responsabilidad exclusiva en la definición de la política monetaria recaía formalmente sólo en el Gobierno; el Banco debía aconsejar y asesorar al Gobierno en todo lo referente a la política monetaria y, “dentro de los límites de sus potestades, poner en vigor la política monetaria del Gobierno tal y como éste la haya comunicado por escrito al Banco (...) y cualquier resolución del Parlamento en relación con dicha política

---

Como ha explicado el gobernador Brash, el Banco realiza grandes esfuerzos en sus proyecciones. Así por ejemplo, antes de cada proyección trimestral, varios funcionarios se esparcen por el país y contactan con más de 40 empresas y organizaciones empresariales para obtener una impresión instantánea de lo que sucede en un pequeño grupo de empresas altamente representativas. Donald T. BRASH, “Reserve Bank Forecasting: Should We Feel Guilty?”, discurso ante la *New Zealand Society of Actuaries*, Waitangi, 21 de octubre de 1998, <http://www.rbnz.govt.nz/speeches/sp981021.htm>, p. 1.

<sup>(67)</sup> El cambio de la periodicidad semestral a trimestral se debió a la voluntad de proporcionar más indicaciones formales a los agentes económicos sobre las perspectivas de inflación. Vid. BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *68th Annual Report, 1st April 1997-31st March 1998*, Basilea, 8 de junio de 1998, p. 66.

<sup>(68)</sup> Los *Policy Statements* están firmados por el gobernador, con lo que se plasma su responsabilidad personal en lo referente a la autenticidad de su contenido. AMTENBRINK, “The Democratic Accountability of Central Banks. A comparative study of the European Central Bank”, op. cit., p. 321.

monetaria”<sup>(69)</sup>. Como ya hemos visto, la vigente Ley supuso un cambio de rumbo de extraordinaria importancia al consagrar la estabilidad de precios como objetivo de la política monetaria y conceder al Banco central —y a su gobernador— el protagonismo esencial en su conducción.

No obstante, si bien la Ley concede al Banco una amplia autonomía, no niega la posibilidad de intervención gubernamental, a través del ministro de Economía. El PTA conlleva un grado de intervención del poder ejecutivo en el diseño de la política monetaria de notable singularidad y trascendencia. Pero al margen de la misma, el Gobierno dispone de otro instrumento de especial contundencia, que se concreta en la potestad de obligar al Banco a alterar momentáneamente el objetivo de la estabilidad de precios. En efecto, la *override provision* o facultad de revocación contenida en el art. 12.1 implica que el Banco puede ser compelido a definir y ejecutar la política monetaria con distintos objetivos económicos.

Esta prerrogativa del *ius variandi* gubernamental<sup>(70)</sup>, de la que no dispone el gobernador, se concreta en la posibilidad de que ocasionalmente el Gobierno, por recomendación del ministro<sup>(71)</sup>, pueda ordenar al Banco que, por el período que se indique no superior a 12 meses, defina y ejecute la política monetaria con un objetivo económico (*economic objective*) distinto al especificado en el art. 8 de la Ley, es decir, con una finalidad distinta a la del mantenimiento de la estabilidad en el nivel general de precios. Por consiguiente, y al margen de lo previsto en el indicado art. 8, el Banco deberá, en este supuesto, definir e implementar su política monetaria de acuerdo con el objetivo económico que le indique la Orden Real<sup>(72)</sup>.

Mientras la Orden Real esté en vigor, dejan de tener efecto los objetivos de la política monetaria (*policy targets*) establecidos en el PTA. Dentro de los 30 días siguientes a ser dictada —o prorrogada—, el ministro y el gobernador deberán fijar nuevos objetivos de política monetaria (*policy targets*) para el

---

(69) Art. 8.c) y d) de la Ley del Banco de la Reserva de 1964, citado por LLOYD, “The New Zealand Approach to Central Bank Autonomy”, op. cit., p. 210.

(70) Por el momento no ha sido aún utilizada por el Gobierno.

(71) Formalmente se adopta por el Gobernador General mediante Orden Real (*Order in Council*) acordada por el Gobierno (art. 12.1).

(72) La vigencia de la Orden Real puede ser prorrogada, antes de su finalización, por un período no superior a los 12 meses, período que a su vez puede ser objeto de ulteriores prórrogas (art. 12.3). Asimismo, la Orden puede ser revocada en cualquier momento (art. 12.5). El ministro viene obligado, tan pronto como ello sea posible, a publicar la orden en el Boletín Oficial (*Gazette*), así como remitirla al depositarla en el Parlamento (art. 12.6). Esta previsión debe coadyuvar a hacer transparente la decisión tomada.

período de vigencia de la Orden<sup>(73)</sup>, y dentro de los 30 días posteriores a su finalización o revocación, deberán establecer los nuevos objetivos (*policy targets*) que permitan al Banco cumplir de nuevo con su principal función de mantenimiento de la estabilidad de precios [art. 12.7.b)]<sup>(74)</sup>.

El *ius variandi* gubernamental representa, en el fondo, un equilibrio entre el reconocimiento explícito de que la política monetaria es, al fin y al cabo, una responsabilidad del Gobierno —más que una responsabilidad de expertos funcionarios no electos— y el deseo del mismo Gobierno de restringir su propio ámbito de acción en lo que respecta a la futura política monetaria y, por consiguiente, de mejorar la credibilidad de esta última<sup>(75)</sup>. Se ha sostenido igualmente que esta prerrogativa fomenta a largo plazo una mayor credibilidad, en la medida que sería un cauce para dirimir los conflictos entre el gobernador y el Gobierno en favor de este último sin necesidad de modificar la Ley<sup>(76)</sup>. La justificación y necesidad de una potestad de tal envergadura no convence unánimemente, ya que, en opinión de sus críticos, socava la independencia del Banco<sup>(77)</sup>.

La previsión legal de que el Gobierno ordene al Banco el cambio los objetivos de forma pública tiene, ciertamente, una ventaja: la imposibilidad de que de forma secreta y “bajo la mesa” le dé instrucciones tendentes a desviarlo del objetivo de estabilidad de precios<sup>(78)</sup>. En efecto, al existir un Convenio (PTA)

---

(73) Como apunta AMTENBRINK, con esta precaución la Ley garantiza la responsabilidad del Banco durante el período de vigencia de las nuevas directrices, puesto que existirán normas para evaluar su actuación. “The Democratic Accountability of Central Banks. A comparative study of the European Central Bank”, op. cit., p. 280.

(74) Observa LLOYD que, puesto que cualquier uso de la facultad de revocación que sea incompatible con el PTA exige que éste sea públicamente abandonado y se proceda a negociar uno nuevo, comunicándolo al Parlamento, la Ley asegura con ello que el cambio de objetivo para la política monetaria implique un mayor y público esfuerzo. “The New Zealand Approach to Central Bank Autonomy”, op. cit., p. 211.

(75) En este sentido LLOYD, “The New Zealand Approach to Central Bank Autonomy”, op. cit., p. 211.

(76) WOOD, “A Pioneer Bank in a Pioneer’s Country”, op. cit., pp. 64-65.

(77) En esta línea Kevin DOWD y Simon BAKER, “The New Zealand Monetary Policy Experiment. A Preliminary Assessment”, *The World Economy*, vol. 17, núm. 6, noviembre de 1994 (pp. 855-867), pp. 857-858. En cambio, defendían enérgicamente su existencia el mismo gobernador Don BRASH (“Reconciling Central Bank Independence with Political Accountability. The New Zealand Experience”, discurso ante el *European Policy Forum*, Londres, 17 de junio de 1993) y C.A.E. GOODHART (“Minutes of Evidence” ante el *Treasury and Civil Service Committee* de la Cámara de los Comunes del Reino Unido, 12 de mayo de 1993), ambos citados por DOWD y BAKER, op. cit., p. 858.

(78) Así lo entendía el gobernador Don Brash (*Financial Times*, 18 de junio de 1993).

sobre los objetivos a alcanzar, el Gobierno no puede obligar al Banco a alterarlos secretamente, dado que el gobernador sería responsable personal de tales incumplimientos. Por ello, los cambios de objetivos son posibles pero deberán ser públicos y transparentes. Así, el *ius variandi* gubernamental puede ser una fuerza, más que una debilidad, para la institución<sup>(79)</sup>. Por otro lado, puede convertirse también en una válvula de seguridad, tanto para el gobernador como para el Gobierno. Forzar una confrontación o bien la dimisión del gobernador, pues si no hay acuerdo sobre el nuevo PTA éste puede ser cesado [art. 49.2.e)], no resulta seguramente la mejor opción. A su vez, solucionar el conflicto a espaldas de la opinión pública y con opacidad supondría que los resultados dependieran demasiado del perfil y personalidad de los responsables implicados en cada momento, con el riesgo de caer en el ciclo “*stop-go*”<sup>(80)</sup>. Por su propia lógica, el Gobierno sólo podrá recurrir a ella en supuestos ciertamente excepcionales, bajo el riesgo de generar un conflicto con el gobernador y sembrar la inquietud en los mercados financieros.

La flexibilidad del caso neozelandés contrasta claramente con la rigidez que preside la mayoría de modelos comparados —entre ellos y de modo especial el Banco Central Europeo—, basados en la estricta separación y la no interferencia entre autoridades económicas y monetarias en lo que se refiere a la conducción de la política monetaria.

## 6.2. Intervención en la política de tipo de cambio

Otro aspecto merecedor de un análisis es el concerniente a la política cambiaria. Como resulta habitual en la mayoría de Estados que disponen de un Banco central independiente, la formulación de la política de tipo de cambio se mantiene en Nueva Zelanda como competencia del Ejecutivo, y en concreto, del ministro de Economía<sup>(81)</sup>, aunque obviamente su ejecución a través de la intervención en el mercado de divisas la lleva a cabo el Banco (arts. 16 y ss.).

---

(79) “Cuando los canjes se realizan entre o en medio de objetivos de política, es vital para una buena gestión económica que la naturaleza de la elección efectuada sea bien comprendida”. Además, la previsión de revocación gubernamental incrementa el compromiso y la responsabilidad del Banco en favor de la estabilidad de precios, ya que “cuando los ciudadanos son reacios a creer en la seriedad del Banco central en luchar contra la inflación, la consecuencia es que los costes de cumplir con este objetivo acostumbran a elevarse” (Don BRASH, *Financial Times*, 18 de junio de 1993).

(80) Es decir, “acelerar-frenar”. LLOYD, “The New Zealand Approach to Central Bank Autonomy”, op. cit., p. 211.

(81) De acuerdo con el art. 18, el ministro tiene potestad para fijar el tipo de cambio y para ordenar al Banco el tipo de las operaciones de cambio.

A este último, además, le viene otorgada la función de asesor del Gobierno en la cuestión.

Dada la incidencia que puede tener la política cambiaria sobre la política monetaria *stricto sensu*, la Ley regula la actuación del Banco ante las instrucciones dictadas en materia de tipo de cambio por el ministro, especialmente cuando puedan incidir negativamente la política monetaria o los *policy targets* fijados en el PTA, así como las reglas para la resolución de dichos conflictos.

Dos son las situaciones posibles. En primer lugar, en el supuesto de que las instrucciones sobre política cambiaria afecten los *policy targets* contenidos en el PTA, la Ley dispone taxativamente que éstos deberán ser revisados<sup>(82)</sup>. Supuesto distinto al anterior es que las instrucciones cuestionen el objetivo económico de la política monetaria, es decir, la consecución de la estabilidad de precios. Ante tal eventualidad, el Banco no estará obligado a dar efectividad a las instrucciones ministeriales, salvo que se haya dictado una Orden Real de las previstas en el art. 12, que habilitan al Gobierno a ordenar que el Banco formule e implemente la política monetaria con otro objetivo económico distinto a la indicada estabilidad de precios<sup>(83)</sup>. Es decir, la política de tipo de cambio sólo podrá desafiar el objetivo de estabilidad de precios si previamente el Gobierno ha hecho uso de su *ius variandi*. La consecuencia de todo ello es que el Banco

---

(82) El art. 19 regula la respuesta a adoptar por el Banco en caso de que las instrucciones afecten a los *policy targets*:

“(1) Si el gobernador considera que el cumplimiento por parte del Banco de una instrucción emitida de acuerdo con el art. 17 o el art. 18 de esta Ley [*que permiten al ministro dirigir la política de tipo de cambio*] puede resultar incompatible con la consecución de los *policy targets* fijados según el art. 9 de esta Ley [*es decir, en el PTA*], mediante notificación por escrito puede advertir al ministro que, dando efecto a la instrucción, el Banco no podrá alcanzar aquellos *policy targets*, y solicitarle que se fijen nuevos *policy targets*”.

(2) Cuando se produzca una notificación en virtud de este artículo,

(a) El Banco no queda obligado a alcanzar los *policy targets* vigentes;

(b) El ministro y el gobernador, en el plazo de un mes desde que se produzca la notificación, adoptarán nuevos *policy targets* de acuerdo con el art. 9.4.b) de esta Ley [*que permite modificarlos*] y, en tal caso, las previsiones del art. 9.5 de esta Ley se aplicarán a dichos *policy targets*”.

(83) El art. 20 prevé la respuesta a adoptar en caso de afectación de la política monetaria por parte de las instrucciones ministeriales sobre tipo de cambio:

“(1) Si el gobernador considera que el cumplimiento por parte del Banco de una instrucción emitida de acuerdo con el art. 17 o el art. 18 de esta Ley puede resultar incompatible con el objetivo económico de la política monetaria, mediante notificación por escrito puede advertir al ministro que el Banco se propone no hacer efectiva la instrucción”.

(2) Cuando se produzca una notificación en virtud de este artículo, el Banco no estará obligado a cumplir con esta instrucción, a no ser que de acuerdo con el art. 12 de esta Ley exista una Orden Real que exija al Banco formular e implementar la política monetaria de acuerdo con un objetivo económico que sea compatible con la instrucción”.

no tiene obligación alguna de seguir las instrucciones del ministro cuando cuestionen el objetivo de estabilidad y no se haya emitido una Orden Real con arreglo al art. 12 de la Ley.

Como conclusión, debe subrayarse en primer lugar la garantía de la publicidad —al menos de su existencia, más que de su contenido concreto— de las instrucciones dictadas por el ministro. En segundo lugar, destaca la potestad que se confiere al Banco para considerar la incompatibilidad de la instrucción con el objetivo de la estabilidad de precios —a no ser que se hubiera modificado por Real Orden por otro objetivo económico—, en cuyo caso queda exento de cumplirla. Si la incompatibilidad se aprecia en relación con el PTA, pero no con el objetivo legal, el Banco queda desvinculado de los objetivos contenidos en él, con lo que deberá negociarse un nuevo Convenio.

### 6.3. Acceso a los fondos del Banco

Otra importante faceta en lo que a las relaciones entre el Banco y el Gobierno se refiere es la relativa a las posibilidades no limitadas legalmente de acceso, por parte de este último, al crédito del Banco central<sup>(84)</sup>. Pese a no existir límites globales a la posibilidad de financiación del Gobierno por parte del Banco<sup>(85)</sup>, debe tenerse en cuenta que el PTA actúa en la práctica como freno. Por ello, si el recurso al Banco de la Reserva tuviese efectos inflacionistas, la citada política de “*full funding*” sería incompatible con el PTA y con la propia misión del Banco, por lo que se considera que resulta innecesario legislar en tal sentido<sup>(86)</sup>. Además, el acceso al crédito se realiza en unas condiciones en absoluto privilegiadas: las facilidades crediticias no son automáticas, los préstamos tienen carácter temporal y el tipo de interés no es privilegiado, cada préstamo está sujeto a un límite y, por último, el Banco no participa en el mercado primario de deuda pública<sup>(87)</sup>.

---

(84) Aunque pudiera resultar sorprendente la inexistencia de límites, dada la tradición de monetización de la deuda, no se considera deseable su establecimiento a fin de no limitar posibles necesidades de liquidez o actuaciones de prestamista en última instancia. WOOD, “A Pioneer Bank in a Pioneer’s Country”, op. cit., p. 65.

(85) Límites que acostumbran a existir en aquellos países dotados de un Banco central independiente cuya misión es la de garantizar la estabilidad de precios, precisamente para no frustrar tal finalidad.

(86) En este sentido LLOYD, “The New Zealand Approach to Central Bank Autonomy”, op. cit., p. 216.

(87) DOWD y BAKER, “The New Zealand Monetary Policy Experiment. A Preliminary Assessment”, op. cit., pp. 859-860.

#### 6.4. Los Convenios de Financiación

El Banco central de Nueva Zelanda no goza de independencia presupuestaria, pues con arreglo a lo dispuesto en la Ley (arts. 159 y ss.) —lo que constituye una novedad en relación con la legislación anterior y un caso singular respecto del Derecho comparado— el Gobierno y el Banco deben suscribir un Convenio de Financiación (*Funding Agreements*)<sup>(88)</sup>, con vigencia para cinco años, donde se especificarán los niveles de gasto en que puede incurrir el Banco durante dicho período<sup>(89)</sup>. Estos acuerdos favorecen la responsabilidad del Banco en el manejo de los fondos públicos, a la vez que aseguran que disponga de los recursos adecuados para cumplir sus cometidos relativos a la política monetaria<sup>(90)</sup>. Asimismo, pueden operar como incentivo a la eficacia de la entidad.

#### 6.5. Las auditorías

Otra modalidad de control del Banco está en las auditorías a que está obligada a someterse la entidad, donde además el ministro de Economía dispone de la prerrogativa de designación de los auditores. Por un lado, nombrará a los auditores profesionales que realizarán las auditorías sobre el Banco respecto de cada año financiero (art. 166); por otro lado, el ministro de Economía puede, en cualquier momento, encargar auditorías externas para evaluar el funcionamiento y la eficacia del Banco en el cumplimiento de sus tareas (art. 167).

### VII. LA PARTICIPACIÓN DE OTRAS INSTANCIAS EN LA DETERMINACIÓN Y EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DEL BANCO

#### 7.1. La intervención del Parlamento

Como hemos visto, uno de los rasgos del sistema articulado por la Ley de 1989 radica en las notables responsabilidades encomendadas al Gobierno, a través del ministro de Economía, en la configuración y control de la política

---

(88) Vid. <http://www.rbnz.govt.nz/briefing/funding.htm>.

(89) De ahí que AMTENBRINK aluda a la limitada independencia presupuestaria del Banco. “The Democratic Accountability of Central Banks. A comparative study of the European Central Bank”, op. cit., p. 331.

(90) Vid. RESERVE BANK OF NEW ZEALAND, “Briefing on the Reserve Bank of New Zealand”, op. cit., p. 1.

monetaria: es el ministro quien negocia y suscribe el PTA, quien nombra al gobernador, quien puede revocar y sustituir el objetivo de la política monetaria, y ante quien el Banco central responde de forma más directa. El Parlamento queda así excluido de las principales vías de intervención. Su participación se circunscribe a sus facultades de control sobre la actividad y eficacia del Banco<sup>(91)</sup>, que no pueden ser minimizadas y que se superponen a las del ministro<sup>(92)</sup>. El Parlamento sí goza en cambio de verdaderos poderes sustantivos en el ámbito presupuestario, plasmados en un derecho de veto, al tener que ratificar (sin posibilidad de introducir enmiendas) los *Funding Agreements* suscritos entre el Banco y el ministro, así como sus eventuales modificaciones (art. 161), prerrogativa que no resulta nada extraña dada la aprobación parlamentaria de los presupuestos públicos<sup>(93)</sup>.

Las facultades de control del Parlamento, canalizadas básicamente a través de su Comité de Finanzas y Gasto (*Parliamentary Select Committee for Finance and Expenditure*), se centran en el derecho a estar informado sobre la política monetaria y a una supervisión formal similar a la que opera en otros ámbitos de gobierno. El *Select Committee* examinará regularmente las Declaraciones de Política Monetaria. A pesar de la ausencia de obligación legal, y debido más bien a la preeminente y poderosa posición de los comités parlamentarios en el sistema parlamentario neozelandés, el gobernador y demás altos cargos comparecen ante el *Select Committee* para someterse a las preguntas sobre cada uno de

---

(91) También sobre el eventual uso por parte del Gobierno de su prerrogativa de revocación.

(92) Afirma LLOYD que, desde un punto de vista político, la menor implicación del Parlamento neozelandés puede justificarse o quedar atenuada por el hecho de que el partido gobernante tiene por definición la mayoría en el Parlamento, a diferencia de lo que sucede en países como EEUU, donde el poder Legislativo tiene atribuido un importante papel en relación con el Banco central y la política monetaria, pero donde el signo político de dicho poder no tiene por qué coincidir con el del Ejecutivo. “The New Zealand Approach to Central Bank Autonomy”, op. cit., p. 212.

El Informe Svensson recomienda una mayor implicación parlamentaria —con el apoyo de expertos— mediante audiencias periódicas del gobernador y otros altos cargos del Banco, de manera similar a lo que sucede en el Parlamento Británico y el Parlamento Europeo. Vid. Lars. E.O. SVENSSON, “Independent Review of the Operation of Monetary Policy in New Zealand: Report to the Minister of Finance”, op. cit., p. 65.

(93) Como apunta AMTENBRINK, aunque hasta el momento el Parlamento no haya rechazado ningún Convenio de Financiación, la mera posibilidad constituye un mecanismo para incrementar la diligencia del Banco, que estará incentivado para no provocar esta situación. “The Democratic Accountability of Central Banks. A comparative study of the European Central Bank”, op. cit., p. 303.

los *Policy Statements* <sup>(94)</sup>. También pueden someterse a debates los Informes anuales.

## 7.2. Otros mecanismos de participación e influencia externa

La autonomía del Banco no es tampoco obstáculo para que pueda, e incluso deba, consultar y dar consejo al Gobierno y cualquier otra entidad pública o privada que, a su parecer, pueda asistirle y coadyuvar en la consecución de sus objetivos <sup>(95)</sup>. Por consiguiente, y a diferencia de lo que sucede con otros Bancos centrales, que tienen prohibido recabar cualquier consulta o consejo del exterior, en el caso del Banco de la Reserva de Nueva Zelanda, la autonomía se entiende más como capacidad última de decisión y mucho menos como necesidad de aislamiento del exterior <sup>(96)</sup>. Tal exigencia implica, y así se desprende de la Ley en forma acorde con la autonomía que se otorga al Banco, que debe ser éste quien inicie los contactos con otros grupos o instituciones <sup>(97)</sup>.

## VIII. LOS MECANISMOS DE ARTICULACIÓN DE LA TRANSPARENCIA, LA RENDICIÓN DE CUENTAS Y LA RESPONSABILIDAD DEL BANCO CENTRAL DE NUEVA ZELANDA

La responsabilidad del Banco se plasma en varios aspectos de su actividad y —lo que resulta más novedoso y destacable— se individualiza principalmente en la figura de su gobernador. Esta imputación es posible, en primer lugar,

---

<sup>(94)</sup> Normalmente durante las sesiones el gobernador presenta un informe y los demás altos cargos son interrogados sobre el contenido de los *Monetary Policy Statements* por los miembros del Comité. Las discusiones han sido descritas como “intensas”. AMTENBRINK, “The Democratic Accountability of Central Banks. A comparative study of the European Central Bank”, op. cit., p. 303 y p. 344.

<sup>(95)</sup> El Banco viene obligado a “Consultar y aconsejar a: el Gobierno y aquellas personas o entidades que considere pueden ayudarle a conseguir y mantener el objetivo económico de la política monetaria” [art. 10.b)].

Esta previsión indicaría que la necesidad de consultar al Gobierno y a terceros, en combinación con el estatuto de independencia, significa que el Banco de Nueva Zelanda debe tomar la iniciativa en dichas discusiones. *Vid.* el documento del Senado francés, SÉNAT, “L’indépendance des banques centrales”, Service des affaires européennes. Division des études de législation comparée, núm. 46, mayo de 1993 (pp. 35-38), p. 37.

<sup>(96)</sup> En este sentido, no existe ninguna previsión en la Ley que prohíba al ministro de Economía los intentos de influir sobre el gobernador.

<sup>(97)</sup> LLOYD, “The New Zealand Approach to Central Bank Autonomy”, op. cit., p. 210.

por la cuantificación del índice de inflación a alcanzar, como medida que posibilita una evaluación de la actividad desempeñada basada en criterios objetivos<sup>(98)</sup>. Partiendo de este modelo, la Ley concibe la obligación de no sobrepasar un determinado umbral de inflación no tanto como una obligación de poner los medios adecuados, es decir, como una suerte de *lex artis*, sino como una verdadera obligación de resultado, que caso de no alcanzarse habilita a la remoción del gobernador. Éste se convierte en última instancia en responsable personal del fracaso —caso de producirse— de la política monetaria, en concreto, de la no consecución de los objetivos de inflación previstos y pactados. Por consiguiente, puede ser cesado o su mandato no renovado si no se alcanzan los objetivos contenidos en el PTA, ya que la Ley se diseñó de manera que se asegurase su responsabilidad personal por la no consecución de los objetivos de la política monetaria. Debemos afirmar, por tanto, que nos hallamos ante una obligación del Banco, imputable en el gobernador, conceptuada como obligación de resultado, con todas las consecuencias que ello conlleva<sup>(99)</sup>.

En segundo lugar merece destacarse la participación, o si se quiere la colaboración, del Gobierno —a través del ministro de Economía— en la definición de objetivos monetarios, además de la posibilidad de inducir a su alteración por determinadas razones. Su *ius variandi* adquiere en el terreno de la responsabili-

---

(98) La existencia pública de dicho objetivo tiene en la práctica como principal fin proporcionar un patrón de responsabilidad para los altos cargos del Banco, según FISCHER, “Inflation Targeting: The New Zealand and Canadian Cases”, op. cit., p. 25. En marzo de 1996 la inflación subyacente estimada alcanzó el 2,1%, cuando el objetivo pactado era del 2%. Como consecuencia de ello, el ministro de Economía emitió una declaración pública solicitando una explicación por la desviación de la tasa de inflación. Tanto el gobernador como los consejeros no ejecutivos del Banco respondieron con declaraciones públicas en las que expresaron su pesar por lo sucedido y expusieron las políticas que estaban en curso para situar la inflación dentro de los límites correctos. Según Carl E. WALSH, ello constituye un ejemplo de que la existencia de un objetivo explícito de inflación posibilita la responsabilidad (*accountability*). “Accountability in Practice: Recent Monetary Policy in New Zealand”, *Federal Reserve Bank of San Francisco Economic Letter*, núm. 96-25, 9 de septiembre de 1996, p. 1.

(99) El “enfoque contractual” ha sido defendido desde sectores de la ciencia económica, destacándose la necesidad de que la responsabilidad (*accountability*) esté en línea directa con los resultados obtenidos, con el correspondiente régimen de sanciones y premios para el incumplimiento o la consecución de los objetivos (previamente anunciados). El modelo neozelandés es una buena muestra de ello. En este sentido están las propuestas de Torsten PERSSON y Guido TABELLINI, “Designing institutions for monetary stability”, *Carnegie-Rochester Conferences Series on Public Policy*, núm. 39, 1993 (pp. 53-84), pp. 77-79.

Según Carl E. WALSH, en el modelo neozelandés la naturaleza del PTA y, especialmente, las reglas sobre cese y renovación del gobernador, implican unos incentivos positivos para el Banco Central. Vid., “Is New Zealand’s Reserve Bank Act of 1989 an Optimal Central Bank Contract?”, *Journal of Money, Credit and Banking*, vol. 27, núm. 4, noviembre de 1995, parte 1, pp. 1179-1191.

dad una notable trascendencia, por cuanto el hecho de no recurrir al él convierte al ministro en responsable último de la política monetaria practicada, dado su asentimiento —explícito o tácito— a la misma. A su vez, ello debe permitir al Parlamento exigir responsabilidades al ministro, pues en manos de éste se encuentran, en definitiva, los resortes últimos y definitivos de la política monetaria. El juego de estas dos posiciones contrapuestas, responsabilidad política y eficacia técnica<sup>(100)</sup>, resulta así bastante equilibrado.

Desde un punto de vista organizativo e interno de la institución, las fuertes competencias del gobernador encuentran un contrapeso en las facultades de control que la Junta directiva tiene atribuidas sobre él, lo que en definitiva permite la existencia de contrapoderes, tanto en el seno de la Junta Directiva como en el Banco en general. Como puede observarse, la Ley instituye un doble sistema de supervisión o control “político” del Banco, encauzado a través de la Junta Directiva —actuando como una suerte de *longa manus* del Gobierno— y de un *Select Committee* del Parlamento, de manera que tanto el poder ejecutivo como el legislativo gozan de vías, independientes la una de la otra, para la supervisión de la entidad.

La transparencia y la rendición de cuentas se erigen también en importantes componentes de este modelo<sup>(101)</sup>. A diferencia de lo que sucedía con anterioridad a la Ley de 1989, cuando los cambios en la política monetaria eran decididos por el ministro de Economía y notificados al Banco para su implementación sin ser trasladados a la opinión pública<sup>(102)</sup>, en la actualidad y como consecuencia de la nueva Ley, las modificaciones en tal sentido deben ser públicas y quedar reflejadas finalmente en el PTA. A este respecto, la rendición de cuentas se manifiesta en la publicación trimestral del *Policy Statement*, lo que posibilita la transparencia y credibilidad ante la opinión pública de la política monetaria. Finalmente, el Banco debe rendir cuentas frente al Parlamento, donde un *Select Committee* estudia regularmente dichas Declaraciones y donde el gobernador y demás altos cargos se someten a las preguntas de los parlamentarios.

---

(100) A esta dinámica se refirió con carácter general Ramón MARTÍN MATEO, *Administración monetaria*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1968, pp. 154-155.

(101) La transparencia en la ejecución de la política monetaria es además un deber impuesto por los diferentes PTA suscritos hasta el momento [art. 4.c) del vigente PTA de 1999].

(102) Ello facilitaba un ciclo electoral de “auge-quiebra”, ya que el ministro, con el horizonte electoral cercano, obligaba a aumentar la masa monetaria a fin de obtener una expansión económica momentánea para, después de las elecciones, volver a la rigidez monetaria con el objetivo de controlar la inflación y mejorar la balanza de pagos. RESERVE BANK OF NEW ZEALAND, “Explaining the 1989 Act”, op. cit., pp. 5-6.

No obstante, algunos de los mecanismos para articular la responsabilidad del Banco han sido objeto de críticas. Así, se ha advertido que las excesivas restricciones que se imponen a la discrecionalidad del Banco en la conducción de la política monetaria, con la cuantificación de objetivos —sin perjuicio de sus comprobados efectos beneficiosos para el descenso de la inflación— e incluso el sistema de explicación de su política futura (a través de las predicciones contenidas en los *Policy Statements*) —y pese a que todo ello se haga en nombre de la responsabilidad— pueden generar daños innecesarios a la credibilidad de la política seguida, por ejemplo a causa de incumplimientos puntuales aun cuando la inflación subyacente estuviese bien encaminada; y ello debido no sólo a la notable inflexibilidad de los mecanismos, sino a la responsabilidad directa del Banco frente al Gobierno y no tanto una responsabilidad general frente a la opinión pública<sup>(103)</sup>.

Pese a estas salvedades, puede afirmarse a modo de conclusión que los mecanismos de responsabilidad y transparencia que permiten que las actuaciones relativas a la política monetaria puedan ser controladas por el Gobierno y también por la opinión pública son: la responsabilidad individual y personal del gobernador, los *Policy Targets Agreements* (PTA), los *Monetary Policy Statements* trimestrales y el informe anual, los convenios de financiación (*Funding Agreement*), las auditorías externas sobre su actuación y la configuración de la Junta Directiva como órgano de contral. Como ha subrayado GOODHART, el sistema neozelandés combina responsabilidad (*accountability*) y flexibilidad, pues la Ley proporciona incentivos al gobernador para conseguir los objetivos de inflación, toda vez que pone en manos de los políticos elegidos democráticamente la necesaria flexibilidad (a través de la facultad de revocación) que sólo puede ser ejercida de manera transparente<sup>(104)</sup>. El modelo neozelandés fortalece la responsabilidad democrática: el Gobierno es parte en un contrato específico y mantiene su potestad de revocación, mientras los ciudadanos conocen de forma exacta el objetivo del gobernador, por el que éste responde<sup>(105)</sup>.

## IX. UN BANCO CENTRAL AUTÓNOMO

Después de analizar las características del modelo neozelandés de Banco central, resulta ineludible el planteamiento de la siguiente cuestión: ¿es correcta

---

(103) MISHKIN y POSEN, “Inflation targeting: lessons from four countries”, op. cit., p. 48.

(104) Charles GOODHART, “The ESCB after Maastricht”, *Special Paper*, núm. 44, LSE Financial Markets Group, septiembre de 1992, pp. 32-33.

(105) Charles GOODHART, “Central Bank Independence”, *Special Paper*, núm. 57, LSE Financial Markets Group, noviembre de 1993, p. 12.

su calificación como Banco central independiente, tal como se viene haciendo de forma bastante generalizada desde la doctrina económica? Frente al notable margen de intervención gubernamental en la política monetaria, resulta algo paradójica la recurrente calificación como “independiente” del Banco central de Nueva Zelanda<sup>(106)</sup>, afirmación que debería ser matizada, no tanto por la ausencia de una declaración en tal sentido de la Ley —que tampoco efectúan claramente otras legislaciones comparadas—, como a causa de las inflexiones que sufre y la menor intensidad que acredita.

Las posiciones de dependencia e independencia pueden situarse como los dos extremos, en sus versiones absolutas, de una escala progresiva que mida las posibilidades de interferencia externa sobre la labor del Banco. Dicho esto, puede comprobarse que el Banco de Nueva Zelanda no goza de la misma libertad de la que disfrutaban la mayoría de Bancos centrales independientes. En primer lugar, por existir una definición previa y explícita del objetivo de estabilidad de precios (contenida en el PTA), que además no es el resultado de la elección unilateral del propio Banco sino de un acuerdo bilateral con el Gobierno (y en la práctica una decisión básicamente gubernamental); es decir, puede hablarse de vinculación y “dependencia” respecto de un objetivo de inflación y de independencia instrumental. En segundo lugar, a causa de las potestades otorgadas al Gobierno para alterar momentáneamente el objetivo de la política monetaria. Finalmente, en los aspectos presupuestarios el Gobierno tiene asimismo importantes bazas.

Sin perjuicio de lo dicho, la catalogación de los Bancos centrales no puede llevarse a cabo únicamente a partir de este parámetro unidimensional, al menos si no se incluyen en él todos los elementos e ingredientes realmente relevantes para la “medición” de la independencia. La independencia no es ningún fin en sí misma, sino un medio considerado idóneo para alcanzar determinados resultados. Y ciertamente, cuestiones como la responsabilidad personal del gobernador y la rendición de cuentas en general del Banco son elementos que coadyuvan en la consecución de la eficacia de su objetivo de estabilidad de precios. Sólo desde esta premisa puede juzgarse la configuración jurídica y organizativa del Banco central de Nueva Zelanda.

El modelo único y original del Banco de la Reserva de Nueva Zelanda —que ya ha demostrado su éxito en la consecución de los objetivos que tiene

---

(106) Como afirmó el gobernador del Banco en 1993, Don BRASH, “pese a que frecuentemente se nos describe como el Banco más independiente del mundo, la legislación que nos rige reconoce explícitamente el papel del Gobierno” (*Financial Times*, 18 de junio de 1993).

asignados <sup>(107)</sup>—, está edificado sobre la base de que en una sociedad democrática el Gobierno, como órgano representativo (aunque indirectamente), debe en última instancia ser libre para determinar los objetivos de la política económica <sup>(108)</sup>. Debe tenerse en cuenta que el sistema político neozelandés, como en general todos los que se incluyen dentro del denominado modelo de democracia Westminster o mayoritario <sup>(109)</sup>, tiene en el principio de responsabilidad ministerial ante el Parlamento uno de sus pilares <sup>(110)</sup>. No resulta casual, en este sentido, que el Reino Unido se haya decantado recientemente por un modelo de Banca central más similar al neozelandés que al continental <sup>(111)</sup>. En la misma dirección, el carácter presidencialista del gobierno del Banco y la imputación indivi-

---

<sup>(107)</sup> DOWD y BAKER sostienen, sin embargo, que el éxito de la política monetaria del Banco en términos de reducción de la inflación y tipos de interés no puede atribuirse en exclusiva a la vigente Ley de 1989, puesto que también jugaron un importante papel los cambios en la política fiscal del Gobierno y el consenso político en favor de la estabilidad de precios, por lo que la Ley sólo puede ser calificada como un éxito relativo. “The New Zealand Monetary Policy Experiment. A Preliminary Assessment”, op. cit., pp. 857 y 866.

<sup>(108)</sup> DEANE y PRINGLE, “Bancos centrales”, op. cit., p. 370-371.

<sup>(109)</sup> Este modelo se caracteriza por el dominio de la mayoría, la preponderancia del Gobierno sobre el Parlamento y en el principio de soberanía parlamentaria. *Vid.* Arend LIJPHART, *Las democracias contemporáneas*, Ariel, Barcelona, 1987 (traducción del original en inglés *Democracies*, Yale University Press, New Haven, 1984).

<sup>(110)</sup> Las repercusiones de la independencia del Banco de Inglaterra sobre el principio de la responsabilidad ministerial ante el Parlamento han sido puestas de relieve por Terence DAINTITH, “Between Domestic Democracy and an Alien Rule of Law? Some Thoughts on the ‘Independence’ of the Bank of England”, *Public Law*, primavera de 1995 (pp. 118-132), pp. 124-125.

Sobre dicho principio, *vid.* Geoffrey MARSHALL (ed.), *Ministerial Responsibility*, Oxford University Press, Oxford *et al.*, 1989.

<sup>(111)</sup> El *Treasury and Civil Service Committee* de la Cámara de los Comunes del Reino Unido recomendó en 1993 que el Banco de Inglaterra adoptase el modelo neozelandés de objetivos públicamente establecidos y posibilidad de modificación gubernamental [House of Commons, Treasury and Civil Service Committee, *The Role of the Bank of England* (1993-1994), House of Commons Paper 98; citado por DAINTITH, “Between Domestic Democracy and an Alien Rule of Law? Some Thoughts on the ‘Independence’ of the Bank of England”, op. cit., p. 123]. El Informe Roll, elaborado por personalidades de prestigio, también se había pronunciado en este sentido (ROLL COMMITTEE REPORT, *Independent and Accountable. A New Mandate for the Bank of England*, Centre for Economic Policy Research, Londres, 1993). El resultado está, como ya se ha dicho supra nota 1, en la *Bank of England Act 1998*, que adopta sólo parcialmente este modelo. Con arreglo al art. 12.1.a) de la Ley del Banco, corresponde al ministro de Economía definir la estabilidad de precios, es decir, determinar el objetivo de inflación, mientras el Comité de Política Monetaria del Banco de Inglaterra fija autónomamente el tipo de interés a fin de cumplir el citado objetivo de inflación. Es decir, el Banco sólo goza de autonomía operativa o instrumental. Además el órgano responsable de la política monetaria es un órgano colegiado (el Comité de Política Monetaria) y no

dual de responsabilidades en el gobernador parece entroncar con la tradición política anglosajona, más favorable al sistema de responsabilidad individual que al de responsabilidad colegiada<sup>(112)</sup>. Como puso de manifiesto BUSCH, el modelo neozelandés de Banca central independiente —así lo califica— entronca claramente con el modelo Westminster y respeta sus características, y al mismo puede oponerse un modelo continental de Banca central independiente, como el plasmado en el Banco Central Europeo, configurado con el molde del *Bundesbank*<sup>(113)</sup>.

A modo de conclusión, puede afirmarse que el objetivo —único— de la política monetaria en Nueva Zelanda es la estabilidad de precios, mientras el objetivo cuantificado de la misma es objeto de un consenso bilateral formalizado en el PTA entre el gobernador —inamovible excepto en caso de incumplimiento de los objetivos— y el Gobierno a través del ministro de Economía, quien excepcionalmente puede modificar unilateralmente el citado objetivo. De

---

se fija el principio de responsabilidad personal por la no consecución de los objetivos. En definitiva, con esta Ley el objetivo del Banco se concreta en la consecución de la estabilidad de precios a partir de la definición de un objetivo de inflación por parte del ministro, quien goza también de un *ius variandi* respecto a dicho objetivo. Sin embargo, el nivel de transparencia es muy elevado, lo que entronca con la alta predisposición a la rendición de cuentas ínsita en el caso de Nueva Zelanda. Para un enfoque crítico de esta traslación incompleta del modelo neozelandés al Banco de Inglaterra, vid. Michael TAYLOR, “Flawed independence for the Bank of England (Part I)”, *Central Banking*, vol. VIII, núm. 4, primavera de 1998, pp. 27-31.

En un escrito del ministro de Economía británico Gordon Brown dirigido al gobernador del Banco de Inglaterra (“The New Monetary Policy Framework”), de mayo de 1997, se exponían las líneas maestras de la futura ley: “asegurar que la toma de decisiones sobre política monetaria sea más eficaz, abierta, responsable y libre de la manipulación política a corto plazo”. Así, se otorga al Banco de Inglaterra la responsabilidad operativa para establecer los tipos de interés, pero indicando claramente que, de forma similar a lo que sucede en otros países, en el caso de circunstancias económicas extremas, y si el interés nacional lo exige, el Gobierno tendrá potestad para dirigir instrucciones al Banco en relación con los tipos de interés durante un período de tiempo limitado, lo que se refleja finalmente en el art. 10 de la nueva Ley ([http://www.hm-treasury.gov.uk/pub/html/press97/p40\\_let.html](http://www.hm-treasury.gov.uk/pub/html/press97/p40_let.html)). Por otro lado, y en una Declaración ante la Cámara de los Comunes de 20 de mayo de 1997, el ministro reiteró su punto de vista, afirmando que “El Gobierno retendrá el derecho de dejar sin efecto la independencia operativa del banco en circunstancias económicas extremas, sólo por un período limitado y sujeto a la ratificación de la Cámara. Deseo que este derecho sea ejercido lo más raramente posible” ([http://www.hm-treasury.gov.uk/pub/html/press97/p49\\_97.html](http://www.hm-treasury.gov.uk/pub/html/press97/p49_97.html)).

(112) La preferencia por la responsabilidad individual en lugar de colegiada se reflejaba por ejemplo en el famoso programa “Next Steps” del Gobierno británico y en la organización de las agencias ejecutivas creadas a su amparo. Vid. ROLL COMMITTEE REPORT, “Independent and Accountable. A New Mandate for the Bank of England”, op. cit., pp. 61-63.

(113) Andreas BUSCH, “Central Bank Independence and the Westminster Model”, *West European Politics*, vol. 17, núm. 1, enero de 1994, pp. 53-72. Sobre la organización administrativa del *Bundesbank*, vid. María Àngels ORRIOLS SALLÉS y Joan ROCA SAGARRA, *Banco de España y estructura plural. Los modelos administrativos de la Reserva Federal americana y del Bundesbank alemán*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

todo ello se deduce que el Banco en general y el gobernador en particular gozan de independencia orgánica cuasiplena, así como de independencia funcional y operativa limitada, por cuanto excepcionalmente pueden quedar sujetos a las instrucciones del Gobierno y porque el marco operativo de la política monetaria resulta parcialmente predeterminado por el PTA, que tiene carácter bilateral y pactado. En la “escala de la independencia” de los Bancos centrales —entendida como capacidad de interferencia o de decisión exterior— el Banco central de Nueva Zelanda no ocupa una posición de liderazgo, aunque sí la ocuparía con toda seguridad en la de la transparencia y responsabilidad. Por todas las razones expuestas, parece más adecuado el calificativo de “autónomo” que de “independiente” para definir el estatuto del Banco emisor de Nueva Zelanda.

# **NATURALEZA JURÍDICO MERCANTIL DE LOS BILLETES DE CURSO LEGAL**

ÁFRICA ALMUDENA PINILLOS LORENZANA

---

## **SUMARIO**

- I. INTRODUCCIÓN.
  - II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS BILLETES COMO TÍTULO-VALOR.
  - III. LOS BILLETES COMO “DINERO LEGAL”.
  - IV. ¿DE QUÉ NATURALEZA JURÍDICO-MERCANTIL SE PUEDE DOTAR A LOS BILLETES DE CURSO LEGAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL?
  - V. BIBLIOGRAFÍA.
- 

## **I. INTRODUCCIÓN**

La inminente puesta en circulación de los billetes denominados en euros que, a partir del 1 de marzo de 2002, serán los únicos medios de pago de curso legal con poder liberatorio pleno e ilimitado en nuestro país <sup>(1)</sup>, invita a reflexionar brevemente sobre la evolución del billete de banco en España y su actual configuración jurídica.

---

(1) Si bien los billetes en euros serán puestos en circulación el 1 de enero de 2002, durante los dos primeros meses del citado ejercicio compartirán transitoriamente su naturaleza de curso legal con los denominados en pesetas, tal como establece el artículo 4.2.º de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre Introducción del Euro, en la redacción dada al mismo por el artículo 67 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre (BOE del 30).

El objeto de nuestro estudio se centrará exclusivamente en la delimitación de la naturaleza jurídico privada de los billetes de curso legal en el Derecho español. Para lograr esta tarea se estima necesario analizar las características inherentes a los “billetes” como “dinero legal” y como título o documento peculiar que confiere a su portador una serie de obligaciones y derechos específicos.

Por las razones expuestas, consideramos ilustrativo exponer de un modo somero los antecedentes históricos del llamado “papel moneda” o de los “billetes” como título-valor o título de crédito, que explican el origen y la función de los billetes como vehículo idóneo de pago de las obligaciones que surgen en las relaciones jurídico-privadas <sup>(2)</sup>. Ello supone, por otra parte, detenernos en la conversión de los “billetes” en el llamado “dinero legal”, ya que este carácter, en nuestro Derecho, ha dotado a los mismos de una naturaleza jurídico mercantil singular.

Y finalmente, a modo de conclusión, en el último apartado de nuestro trabajo vamos a intentar deslindar cuáles son las notas que en la actualidad caracterizan a los “billetes de curso legal” en el ordenamiento jurídico privado español.

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS BILLETES COMO TÍTULO-VALOR

El origen histórico de los billetes <sup>(3)</sup> emitidos por los bancos se encuentra en íntima conexión con el de los títulos valores o las letras de cambio, ya que, tal y como señala la doctrina, los billetes no fueron, a lo largo de la historia, distinguibles de otros instrumentos negociables. El “papel” como medio de pago se utiliza en Europa por primera vez en los bancos de depósito establecidos desde el siglo XIII en Italia, desde donde luego se extendieron al resto del

---

(2) En esta línea señala, desde una perspectiva puramente económica, GNESUTTA, C., en *El dinero*, Barcelona, 1989, al hablar del dinero y el proceso de intercambio, que “...se ha impuesto la utilización de mercancías intermedias, cuya adquisición no se justifica por el valor que poseen por sí mismas, sino por el hecho de que actúan como vehículos de la transferencia de mercancías entre los individuos”.

(3) La palabra billete tiene su origen último en el término latino *bullā*, que significa cédula, tarjeta o carta breve.

continente europeo<sup>(4)</sup>. En estos casos el “papel” no era más que el reconocimiento de la obligación por parte del banco de devolver en moneda metálica —considerado como auténtico dinero en aquella época— la cantidad depositada en dicho banco. Era una forma de simplificar y agilizar los pagos, ya que la actividad comercial exigía a los comerciantes el intercambio entre ciudades y países distantes entre sí. Esta circunstancia, junto con la escasez de metales preciosos, hizo de los “billetes de banco” un medio idóneo para el intercambio y desarrollo de la actividad económica. Está claro que de estos antecedentes se deduce la íntima relación de los billetes de banco y las letras de cambio como títulos valores o títulos de crédito en el sentido de contener una obligación de pago del librador contra el tenedor o aquél que se designase en el título.

Avanzando en el tiempo, el incipiente desarrollo de la industria bancaria en el siglo XIX da un impulso definitivo a la emisión de billetes, cuya característica fundamental era la convertibilidad en moneda metálica de oro o plata, cuya composición y peso, en mayor o menor rigor, eran garantizados por el Estado<sup>(5)</sup>.

En lo que concierne a España, la propia ordenación de las entidades bancarias se encuentra estrechamente vinculada a la regulación del derecho de emisión de billetes<sup>(6)</sup>, cuyo monopolio se entrega al Banco de España mediante el Decreto-Ley de 19 de marzo de 1874, en cuya Exposición de Motivos se señala que uno de los objetivos que perseguía tal atribución era el de “*realizar la circulación fiduciaria única, pero voluntaria y garantizada siempre por reservas metálicas*”. Este Decreto-Ley de 1874 atribuye al Banco de España el privilegio de emisión en régimen de *concesión por contrato*, configurándose como un “monopolio de actividad comercial” distinto del “derecho soberano” que daría lugar posteriormente, al concepto de “curso legal”.

Es decir, que en sus orígenes, el “billete de banco” contenía el compromiso, impreso en el papel, de devolver en moneda metálica de oro o plata la cantidad expresada, en cualquier momento, sin plazo fijo, a cualquier persona y sin interés. Estas características jurídicas propias del “billete de banco” como

---

(4) Sobre los antecedentes históricos del papel moneda y en especial de los primeros billetes en España, vid. TORTELLA, T., *Los primeros billetes españoles: las “cédulas” del Banco de San Carlos (1782-1829)*, Archivo del Banco de España, Madrid, 1997.

(5) Sin que sea necesario aquí entrar en más detalle sobre este particular, sí parece conveniente recordar que, en palabras de PÉREZ DE ARMIÑÁN, “*España entró en el siglo XX con una estructura bancaria muy débil y una circulación monetaria basada en un oro que no circulaba y una plata envilecida*”. Vid. PÉREZ DE ARMIÑÁN, G., *Legislación Bancaria Española*, Banco de España, Madrid, 1983, p. 23.

(6) Vid. PÉREZ DE ARMIÑÁN, *ob. cit.*, pp. 16 y siguientes.

título convertible de aceptación voluntaria se plasman en los artículos 179 a 182 de nuestro Código de Comercio de 1885, que señalan:

*“179. Los Bancos podrán emitir billetes al portador, pero su admisión en las transacciones no será forzosa. Esta libertad de emitir billetes al portador continuará, sin embargo, en suspenso mientras subsista el privilegio de que actualmente disfruta por Leyes especiales el Banco Nacional de España.*

*180. Los Bancos conservarán en metálico en sus Cajas la cuarta parte, cuando menos, del importe de los depósitos y cuentas corrientes a metálico y de los billetes en circulación.*

*181. Los Bancos tendrán la obligación de cambiar a metálico sus billetes en el acto mismo de su presentación por el portador.*

*La falta de cumplimiento de esta obligación producirá acción ejecutiva a favor del portador, previo un requerimiento al pago, por medio de Notario.*

*182. El importe de los billetes en circulación, unido a la suma representada por los depósitos y las cuentas corrientes, no podrá exceder, en ningún caso, del importe de la reserva metálica y de los valores en cartera realizables en el plazo máximo de noventa días.”*

De esta noción de “billete de banco” podemos deducir cuatro notas esenciales que caracterizan, en esta fase histórica, al mismo:

- La promesa de reembolso en moneda metálica.
- No producía interés. Este carácter implicaba su divergencia con la deuda pública.
- Era al portador, nunca se emitieron nominativos.
- Emitido a la vista.

Bajo estas características, desde una perspectiva jurídica, nos encontramos con que el “billete de banco” en sus orígenes es un auténtico título de crédito o título valor —concepto introducido por el Prof. GARRIGUES en sustitución del primero— ya que supone la incorporación en un documento de un derecho de naturaleza crediticia, como es el reembolso de la cantidad mencionada en el citado título que tenía la consideración en su momento de “dinero”, es decir, la moneda metálica, por el banquero emisor. En consecuencia, aun no produciendo un interés, estaban vinculados a una relación obligacional entre el banco emisor del billete y el cliente-tomador del mismo, elemento esencial para dotarle de la naturaleza jurídica de título-valor en todos sus términos.

En definitiva, en esta etapa histórica en la que el “billete de banco” no es de curso legal, responde a los requisitos y funciones de un título-valor. Tanto es así en cuanto, y bajo las modernas teorías sobre los títulos valores<sup>(7)</sup>, se produce:

- 1) **La incorporación de un derecho a un título o documento.** La doctrina germánica señala que la noción de “incorporación” del derecho al título o documento permite asimilar el régimen de su circulación al de los bienes muebles. Esta incorporación del derecho, en este caso, un derecho de crédito frente a otros derechos como los de participación, dota al citado derecho de autonomía, ya que frente al adquirente de buena fe del título no procede oponer excepciones personales que el deudor-emisor del documento tuviera frente al primer tomador o sucesivos tenedores.
- 2) **La legitimación al cobro por la posesión del título,** en este caso estaríamos hablando de los billetes como “títulos de presentación”. Señala JACOBY que sin la exhibición del documento ni el deudor está obligado a cumplir ni cumplirá con eficacia liberatoria. Juega aquí un papel esencial la “apariencia jurídica” del “billete de banco”, manifestándose en la buena fe del adquirente.
- 3) **La literalidad** del derecho incorporado y expresado en el documento. Tales títulos recogen declaraciones de voluntad que constituyen actos jurídicos de contenido legal a favor de terceros que se manifiestan

---

(7) Existe por parte de la doctrina mercantil una elaborada teoría sobre los títulos valores que ha ido evolucionando con el devenir de los tiempos. Así nos encontramos múltiples fórmulas en las que diversos autores tratan de captar la esencia del título-valor, por ejemplo, en el Derecho comparado, se han de citar autores como BRUNNER que indica que el título valor es “*un documento sobre un derecho privado cuyo ejercicio y cuya transmisión están condicionados a la posesión del documento*”; frente al mismo de un modo conciso VIVANTE dice que el título valor es un “*documento de un derecho literal y autónomo destinado a la circulación*”; de un modo más elaborado ASQUINI precisa que el título-valor es un “*documento de un derecho literal destinado a la circulación capaz de atribuir de un modo autónomo la titularidad del derecho al propietario del documento, necesario y suficiente para legitimar al poseedor al ejercicio del derecho mismo*”; otro autor italiano como es FERRI define el título de crédito como “*aquel documento que contiene una declaración que puede ser de contenido diverso y que cumple simultáneamente una doble función: constituir medio necesario y suficiente para el ejercicio del derecho mencionado en el documento y constituir un medio técnico de circulación del derecho mismo*”. Dentro de la doctrina española podemos citar al Prof. URÍA que indica que el título valor es un “*documento que incorpora una promesa unilateral de realizar una determinada prestación a favor de quien resulte legítimo tenedor del documento*” o “*un documento necesario para ejercer un derecho literal y autónomo mencionado en él*”, sin embargo no señala la aspiración de los títulos valores de circular en el tráfico económico.

tan, en el caso de los billetes de Banco, en promesas de pago de “dinero”, es decir, son obligaciones pecuniarias. Este carácter supone que el ejercicio del derecho se supedita a los términos en los que está redactado el título: es un derecho literal o documental. Por esta razón tienen especial virtualidad las cláusulas que señalan quién es el emisor del título, su vencimiento, importe y la cláusula de pago, que en los billetes —sobre todo en estos títulos que se entiende son títulos perfectos donde la incorporación del derecho al documento es absoluta—, como hemos señalado, siempre era al portador, y así se manifestaba con la cláusula impresa en el billete que decía, por ejemplo, en los primeros billetes del Banco de San Carlos que: *“El Banco de San Carlos tiene a disposición del Portador trescientos Reales de vellón, que le pagará siempre que se presente...”*.

### III. LOS BILLETES COMO “DINERO LEGAL”<sup>(8)</sup>

Desde el punto de vista del Derecho mercantil, es clave el momento en el que los “billetes de banco”, y en concreto, los “billetes del Banco de España” se convierten en **dinero legal**, y pierden su convertibilidad en moneda metálica, con carácter oficial tras la guerra civil con las tres leyes de 9 de noviembre de 1939, que, en palabras de PÉREZ DE ARMIÑÁN<sup>(9)</sup>, *“suprimieron los límites de crédito al Tesoro, los topes y garantías metálicas de la emisión y admitieron que pudieran formar parte de la contrapartida activa la cartera que legalmente el Banco pudiera aumentar, en títulos de la Deuda y del Tesoro, al mismo tiempo que se daba pleno poder liberatorio a los billetes del Banco de España”*.

Es interesante destacar que ese “monopolio de emisión” se construye ya no en virtud del antiguo régimen de concesión, sino en uso de las prerrogativas del Estado puesto que *“...el privilegio de emisión, en toda circunstancia y con más razón si cabe, cuando su concesión entraña la facultad de crear moneda con*

---

(8) Señala el Prof. Díez-PICAZO que existe **curso forzoso** “cuando la moneda metálica o el papel moneda, en virtud de una disciplina normativa, dentro de un determinado ordenamiento jurídico, tienen que ser necesariamente utilizados en los cambios”. Define el **curso legal**, “cuando una determinada moneda goza de la sanción de la proclamación estatal, es decir, cuando se encuentra legalmente establecida como posible medio general de pago”. Y frente a estos dos conceptos también nos encontramos con el llamado **curso fiduciario** cuando “los instrumentos de cambio son adquiridos y aceptados únicamente en razón de la confianza que al aceptante le inspiran de poder ser convertidos en otros en un momento posterior”. Vid. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1993, pp. 253-257.

(9) Vid. PÉREZ DE ARMIÑÁN, *ob. cit.*, p. 254.

*pleno poder liberatorio sin la contrapartida de una cobertura metálica, no debe ser objeto de contrato con el Estado, y es a éste, que confiere a la moneda circulante aquel poder, a quien toca, como función de pura soberanía, condicionar y regular la concesión y el uso del citado privilegio*”, como podía leerse en la exposición de Motivos de la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946<sup>(10)</sup>.

Esta circunstancia es esencial para entender la evolución de la naturaleza jurídica de los “billetes de Banco”, ya que, desde el momento en que formalmente tienen la consideración de dinero legal, no son más que la materialización o signo de aquello que es dinero.

Por ello, es estrictamente necesario analizar cuál es la naturaleza jurídica del dinero, sobre la base de la escasa doctrina jurídica sobre la materia<sup>(11)</sup> y bajo una influencia clara de autores del campo de la economía<sup>(12)</sup>.

MANN<sup>(13)</sup> define el dinero como *“todos aquellos bienes que emitidos por la autoridad de la ley y denominados con referencia a una unidad de cuenta, deberán servir como medios universales de intercambio en el Estado emisor”* y NUSSBAUM<sup>(14)</sup> dice que el dinero son *“aquellas cosas que en el comercio se entregan y reciben no como lo que físicamente representan, sino sólo como fracción, equivalente o múltiplo de una unidad ideal”*. Frente a estas nociones, la doctrina civilista española, y en concreto DÍEZ-PICAZO<sup>(15)</sup>, señala que el dinero es un *“instrumento de intermediación en los cambios y el objeto de prestaciones que se insertan en una relación obligatoria”*, y BONET CORREA<sup>(16)</sup> que indica que el dinero es el *“símbolo que representa la unidad de medida del valor patrimonial dentro de una economía de división de trabajo*

(10) La L.O.B. de 31-12-46 vino a confirmar en este punto la legislación de emergencia dictada en noviembre de 1939, en cuyo preámbulo ya se apuntaba que *“...la moneda era una de las cuatro cosas naturales al señorío del Rey”*.

(11) En este campo se han destacar dos autores muy relevantes, MANN, F.A., *El aspecto legal del dinero*, Méjico, 1982, y NUSSBAUM, A., *Teoría jurídica del dinero*, Madrid, 1929.

(12) Señala el Prof. GARRIGUES, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1973, p. 64, que hay que saber contraponer el concepto económico al concepto jurídico del dinero. Explica que quien en último término define el dinero es siempre la Ley. Así, subraya que la Economía nos dice “para qué sirve el dinero” y el Derecho nos dice “qué es lo que sirve como dinero”.

(13) Vid. MANN, F.A., *El aspecto...*, *ob. cit.*, p. 33.

(14) Vid. NUSSBAUM, A., *Teoría jurídica...*, *ob. cit.*, p. 32.

(15) Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, *ob. cit.*, pp. 255-256.

(16) Vid. BONET CORREA, J., “El ordenamiento español y el Tratado de Maastricht ante el pago de las deudas de dinero”, *RDM*, n.º 225, 1997, pp. 1189-1205.

*entre los hombres que viven en relaciones de alteridad, convivencia y sociedad*". Por último, dentro de la doctrina mercantilista el Prof. GARRIGUES entiende que el dinero es una *"especie de cosas muebles a la que el Estado reconoce la cualidad de ser medio de pago irrecusable en aquellas obligaciones que tienden a procurar al acreedor un poder patrimonial de adquisición de otros bienes económicos"* (17).

De modo que los billetes como dinero legal son **bienes fungibles** o transferibles por quien es su poseedor (18). Pero son bienes con una naturaleza especial puesto que al estar dotados, por la soberanía del Estado expresada en una ley, de curso legal tienen pleno poder liberatorio en los pagos y deben ser aceptados en las relaciones jurídico-privadas entre los sujetos. Y en tanto pierdan su condición de curso legal, por ejemplo en casos de desmonetización formal, se convierten en bienes ordinarios y dejan de concurrir en ellos las notas que caracterizan al dinero (19).

Los billetes son de curso legal porque la ley les ha atribuido ese carácter, es decir, la autoridad del Estado (20). Esta es la llamada *"teoría estatista del dinero"* frente a la *"teoría societaria del dinero"* que entiende que sólo se podrá hablar de dinero cuando *"los bienes emitidos por el Estado o en su nombre estén denominados con referencia a una unidad de cuenta"* (21).

En realidad, para comprender mejor la naturaleza jurídica del dinero es necesario atender a las funciones que cumple el mismo. En esta materia los economistas han sido muy prolíficos a la hora de elaborar detallados estudios, así señala HICKS que *"cuando se pregunta al estudiante qué es el dinero no hay más elección posible que la definición convencional. El dinero se define*

---

(17) Vid. GARRIGUES, J., *Manual de Derecho...., ob. cit.*, p. 64.

(18) GARRIGUES, J., *Manual de Derecho...., ob. cit.*, pp. 68-70, indica que el dinero es una cosa mueble que está sometida a las reglas sobre la posesión, por lo que se le aplica el art. 464 del Código civil cuando no se aplique el art. 86 del Código de Comercio. El dinero es una cosa fungible y específica por excelencia (art. 1740 Cc). También es una cosa consumible y es unidad de cuenta.

(19) Por ejemplo, en las relaciones obligatorias se pasaría de una obligación pecuniaria a una obligación de cosa cierta o bien mueble.

(20) Señala el *Uniform Commercial Code* americano, en su versión revisada de 1964, en el §1-201 apartado (24) que el *"dinero significa un medio de cambio autorizado o adoptado por un gobierno doméstico o extranjero e incluye una unidad de cuenta monetaria establecida por una organización gubernamental o por acuerdo entre dos o más países"*.

(21) La *"teoría estatista del dinero"* es defendida por KNAPP, *State Theory of Money*, Londres, 1924, frente a la *"teoría societaria del dinero"* que proclama NUSSBAUM. Vid. MANN, F.A., *El aspecto...., ob. cit.*, p. 47.

*por sus funciones: es dinero cualquier cosa que se usa como dinero: ‘el dinero es lo que hace de dinero’, y las funciones de dinero son tres: ser unidad de cuenta, ser medio de pago y ser reserva de valor”* <sup>(22)</sup>.

De modo que el dinero cumple la función de unidad de cuenta o medio general de cambio, ya que establece el valor económico que una comunidad o grupo humano asigna a los bienes; es un instrumento o medio de pago, y también un instrumento de intercambio <sup>(23)</sup>, de bienes y servicios concretándose en **signos**, es decir, cosas o bienes que incorporan el concepto de dinero en sí mismos, tal es el caso de los billetes de curso legal.

#### IV. ¿DE QUÉ NATURALEZA JURÍDICO-MERCANTIL SE PUEDE DOTAR A LOS BILLETES DE CURSO LEGAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL?

A la vista de lo expuesto podemos señalar que los billetes <sup>(24)</sup> de curso legal pueden tener la consideración de un título al portador atípico, cuyas peculiaridades derivarían de su condición de dinero legal.

Se puede considerar, en este sentido, que los billetes de curso legal desde el punto de vista del ordenamiento jurídico mercantil son **títulos**, pero no se pueden asimilar a los títulos-valores, al no estar dotados de las características propias de los mismos. A diferencia de cómo ocurría en su origen, en los billetes de curso legal —a pesar de incorporar un derecho a favor de su portador, como es el de poder liberarse de sus obligaciones pecuniarias en el tráfico mercantil y haber nacido con vocación de circular— no existe legitimación al cobro frente al emisor, no admitiéndose su amortización a pesar de tener vencimiento indefinido, porque el dinero no se puede reembolsar en dinero, a salvo de un deterioro

<sup>(22)</sup> Vid. HICKS, J., *Ensayos críticos sobre teoría monetaria*, Barcelona, 1979, p. 15.

<sup>(23)</sup> Señala GARRIGUES, J., *Manual de Derecho...*, ob. cit., p. 50, que el dinero, al ser medio de cambio, depende de las circunstancias económicas de cada momento, pero para ser medio de pago, es decir, medio de extinción de las obligaciones, es una cuestión que depende del ordenamiento jurídico que es quien determina cómo se extinguen las obligaciones.

<sup>(24)</sup> Desde un punto de vista no estrictamente jurídico el Diccionario de la Real Academia Española llega a definir los billetes como “*documento al portador, emitido por el banco nacional de un país y que circula como medio legal de pago*”.

físico del papel moneda <sup>(25)</sup>. Es decir, sólo cabrá exigir al emisor el canje de los billetes por otros de curso legal. Tampoco se da en los billetes de curso legal la nota de literalidad o derecho literal propio de los títulos-valores, ya que los billetes de curso legal no recogen declaraciones de voluntad expresadas en el documento <sup>(26)</sup>.

Sin embargo, los billetes de curso legal, aun siendo dinero, mantienen por su representación física en “papel” una serie de características. Así entendemos que los billetes de curso legal son, como hemos indicado anteriormente, **títulos al portador**, ya que se transmiten por la simple tradición o entrega del documento. También consideramos que son **títulos públicos** por la propia naturaleza de la entidad que los emite. Los billetes de curso legal son **títulos principales** porque tienen valor en sí mismos y también se puede considerar que son **títulos a la vista**. Y, por último, nos podríamos preguntar si los billetes de curso legal son “valores negociables” en los términos de lo establecido en el art. 2.2.f) del R.D. 291/1992, de 27 de marzo, de emisiones y ofertas públicas de adquisición, que señala que se considerará valor negociable “*cualquier derecho de contenido patrimonial que por su configuración jurídica propia y por su régimen de transmisión sea susceptible de un tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera*” <sup>(27)</sup>. Es una cuestión compleja, pero se puede entender que aun siendo títulos emitidos en masa y que son objeto de un tráfico generalizado, van mucho más allá de esta idea pensada más para los títulos de legitimación que para el dinero en sí mismo considerado, como son los billetes de curso legal.

A modo de apresurada conclusión, cabría apuntar que, hoy en día y con independencia de su representación material, la naturaleza jurídica de los billetes de curso legal es la del **dinero legal**. Y son dinero legal en la medida que

---

<sup>(25)</sup> En contraste con esta afirmación, la *Federal Reserve Act* de 1913 de los Estados Unidos, en su Sección 16, § 1-140, señala que los billetes de la Reserva Federal “*serán amortizados en dinero legal a solicitud ante el Departamento de Tesoro de los Estados Unidos, en la ciudad de Washington, distrito de Columbia, o ante cualquier banco de la Reserva Federal*”, ya que parte de la premisa de que los billetes son **obligaciones** de los Estados Unidos y que deben ser aceptados al pago por todos los bancos.

<sup>(26)</sup> Es por esta razón por la que se suprimió de los billetes de curso legal del Banco de España, ya tardíamente en los años ochenta, la expresión “*pagará al portador*”, a diferencia del resto de los países europeos que habían abandonado dicha cláusula en los años treinta.

<sup>(27)</sup> Pueda ayudarlos la circunstancia de que en los Estados Unidos el *Uniform Commercial Code*, en su versión revisada de 1964, excluye del concepto de instrumento negociable al dinero en § 3-102 al señalar el artículo 3, relativo a los instrumentos negociables: “*no se aplicará al dinero, a las órdenes de pago que se rijan por el artículo 4.<sup>o</sup> o los valores regidos por el artículo 8...*”.

incorporan el derecho, proclamado bajo la soberanía del Estado concretada en una ley, a favor de su portador, de liberarse del pago de las obligaciones pecuniarias con pleno poder liberatorio en un determinado ámbito territorial.

## V. BIBLIOGRAFÍA

BONET CORREA, J., “El ordenamiento español y el Tratado de Maastricht ante el pago de las deudas de dinero”, *RDM*, n.º 225, 1997, pp. 1189-1205.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1993.

EIZAGUIRRE, J.M.<sup>a</sup>, “Los valores en papel”, *RDM*, n.º 229, 1998, pp. 1009-1101.

GARRIGUES, J., *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1973.

GNESUTTA, C., *El dinero*, Barcelona, 1989.

GÓMEZ CAMACHO, F., “Historia del dinero: del trueque al dinero electrónico. Una interpretación teórica”, *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 43, 1998, pp. 13-30.

HICKS, J., *Ensayos críticos sobre teoría monetaria*, Barcelona, 1979.

KNAPP, *State Theory of Money*, Londres, 1924.

MANN, F.A., *El aspecto legal del dinero*, Méjico, 1982.

MENÉNDEZ, A.,/URÍA, R., *Manual de Derecho Mercantil*, Tomo II, Madrid, 2001.

NUSSBAUM, A., *Teoría jurídica del dinero*, Madrid, 1929.

PÉREZ DE ARMIÑÁN, G., *Legislación Bancaria Española*, Banco de España, Madrid, 1983.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, Madrid, 2000.

TORTELLA, T., *Los primeros billetes españoles: las “cédulas” del Banco de San Carlos (1782-1829)*, Archivo del Banco de España, Madrid, 1997.

VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Barcelona, 1990.

# NOTA SOBRE APORTACIONES DE RAMA DE ACTIVIDAD A LAS SOCIEDADES DE INVERSIÓN INMOBILIARIA

JUAN CARLOS MAESO CHOLBI

---

## SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO GENERAL.
  - II. APORTACIÓN A UNA SII PREEXISTENTE.
  - III. APORTACIÓN A UNA SII DE NUEVA CONSTITUCIÓN.
- 

### I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El objeto de la presente nota se centra en determinar los aspectos básicos que influyen en las operaciones de aportación de activos y pasivos encuadrables en la categoría de *ramas de actividad*, cuando la entidad a la que vayan a incorporarse estos elementos patrimoniales sea una Institución de Inversión Colectiva del tipo *Sociedad de Inversión Inmobiliaria*, de las reguladas por la Ley 46/1984 y su desarrollo reglamentario.

Dejaremos sólo apuntados los aspectos fiscales, que resultan fundamentales en este tipo de operaciones, asumiendo de antemano que en la medida en que la aportación de rama de actividad lo sea de una unidad económicamente autónoma, con aptitud para funcionar por sí misma, el régimen fiscal resultante será el establecido en el Título VIII, Capítulo VIII de la Ley 43/1995 del Impuesto de Sociedades, que establece la no integración en la base imponible de las rentas que se pongan de manifiesto por razón de los traspasos patrimoniales

involucrados en estas operaciones. Está claro que esta neutralidad fiscal es el primer presupuesto del que partimos en esta nota, pues sin ella no hay lugar a preguntarse por los demás aspectos de este tipo de reestructuraciones empresariales.

Otro aspecto fiscal que resulta relevante y con el que hay que contar en lo que sigue, consiste en la especial tributación a la que se sujetan las Sociedades de Inversión Inmobiliarias definidas en la Ley 46/1984 y su reglamento aprobado por Real Decreto 1393/1990. Tal como establece el art. 26.5.c) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, las SII cuyo objeto social exclusivo sea la inversión en cualquier tipo de inmueble de naturaleza urbana para su arrendamiento, en las que además las viviendas, las residencias de estudiantes y de la tercera edad, en los términos que se establezcan reglamentariamente, representen conjuntamente, al menos, el 50% del total activo, tendrán un tipo de gravamen del 1%.

Así pues, nos vamos a encontrar con un patrimonio que, en el momento inicial, está gravado en la entidad de origen al tipo general del impuesto, y que con posterioridad queda ubicado en un vehículo societario especial (SII), que soporta un tipo muy disminuido. Estas *reubicaciones* de elementos patrimoniales entre entidades sometidas a distinta tributación han sido expresamente previstas por la Ley 55/1999 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que ha modificado el artículo 98 de la Ley del Impuesto de Sociedades, incluyendo un último inciso en el apartado primero. Por tanto, se trata de operaciones lícitas y explícitamente normadas, y que no causan merma en la potencia recaudatoria del impuesto porque los elementos patrimoniales transmitidos, si vuelven a ser enajenados con posterioridad, darán lugar a una tributación al tipo general por la plusvalía generada durante su permanencia en la entidad de origen, y otra tributación al tipo disminuido por el resto de la plusvalía generada hasta la segunda transmisión.

En resumen, nos vamos a preguntar sobre la admisibilidad de dos tipos de operaciones, dando por hecho que ambas estarían amparadas por la no sujeción fiscal:

- Aportación de rama de actividad hecha por una entidad (*entidad original*) a una SII preexistente, a modo de aportación no dineraria efectuada en pago de la suscripción de una ampliación de capital acordada por aquella SII.
- Aportación de rama de actividad hecha por una entidad (*entidad original*) a una filial SII de nueva constitución, a modo de dotación inicial de capital (*filialización* de rama de actividad).

## II. APORTACIÓN A UNA SII PREEXISTENTE

Este primer supuesto puede esquematizarse del siguiente modo:

- Existe una SII constituida regularmente, con un patrimonio mínimo de 1.500 MM pts., un número mínimo de 100 accionistas, debidamente inscrita en los registros administrativos de la CNMV. Esta SII, si fuera de reciente constitución, estaría amparada por los plazos de moratoria para encuadrarse en coeficientes (art. 75 bis 1, último párrafo del RIIIC), gozando provisionalmente del régimen tributario especial en el Impuesto de Sociedades.
- Existe, por otra parte, una *entidad original* en cuyo balance se encuentran masas de inversión residencial (viviendas, residencias de la tercera edad y residencias de estudiantes), junto con otras inversiones destinadas a otros usos (p.ej., oficinas, locales comerciales, cartera de valores, maquinaria, etc.). Esta *entidad original* puede ser una sociedad mercantil o cualquier otro tipo de ente sujeto al Impuesto de Sociedades, sin especiales requerimientos de inversión o de liquidez.
- No existe, en un primer momento, ningún tipo de vinculación entre los accionistas de la SII y los socios, partícipes o accionistas de la *entidad original*. Se trata de dos entidades totalmente separadas, sin ningún cruce de intereses, ni administradores comunes.
- La SII acuerda en Junta General proceder a una ampliación de capital mediante emisión de nuevas acciones, que eleve su cifra de recursos propios a una cantidad muy superior a la inicial, digamos veinte veces más, a suscribir a cambio de una aportación no dineraria que consistirá en la aportación de la rama de actividad residencial perteneciente a la *entidad original*, que de este modo pasará a integrarse en el patrimonio de la SII. En la situación final, la SII habrá integrado en su balance toda la inversión residencial de la *entidad original*, y ésta tendrá a cambio un paquete de acciones de la SII que le dará una mayoría total en la sociedad.

La principal cuestión que plantea este esquema consiste en determinar si, en el momento inicial, la *entidad original* y la SII forman grupo económico, con el alcance previsto en el art. 4 de la Ley del Mercado de Valores, y ello con vistas a analizar, si la respuesta fuera positiva, cuáles serían las repercusiones de la operación estudiada desde el punto de vista de las reglas que rigen la inversión colectiva. Claro está que, en el momento final, la *entidad original* y la SII formarán grupo económico.

### Definición legal de Grupo Económico.

El concepto de *Grupo Económico* que interesa a efectos de esta nota es el utilizado por la legislación de Inversión Colectiva, que en esta materia asume directamente el que ofrece el artículo 4 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores. Y este último, a su vez, acoge como una parte de su contenido el concepto definido en el artículo 42.1 del Código de Comercio.

Conviene transcribir estos textos para una mayor claridad:

Art. 4 LMV: *A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una **unidad de decisión** porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto.*

*Se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concurra alguno de los supuestos contemplados en el número 1 del artículo 42 del Código de Comercio, o cuando al menos la mitad más uno de los Consejeros de la dominada sean Consejeros o directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta.*

*A efecto de lo previsto en los párrafos anteriores, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras dominadas, o aquéllos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.*

Art. 42.1 Ccom: *Toda sociedad mercantil estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en este Código y en la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas cuando, **siendo socio de otra sociedad**, se encuentre con relación a ésta en algunos de los casos siguientes:*

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b) Tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.*

- d) *Haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en los dos primeros números de este artículo.*

Con esta regulación, nos encontramos un *concepto estricto* de Grupo Económico, contenido en el Código de Comercio con la finalidad de señalar en qué supuestos las sociedades implicadas tendrán la obligación de presentar cuentas consolidadas; y otro *concepto ampliado* de Grupo Económico, contenido en la LMV, que recoge el anterior y además le añade otros supuestos adicionales.

Esquemmatizando el contenido de ambos preceptos, tenemos que dos sociedades formarán Grupo Económico, a efectos de la Regulación del Mercado de Valores (y por tanto de la regulación de la Inversión Colectiva), en los siguientes casos <sup>(1)</sup>:

- Cuando la “Sociedad A” **sea socio** de la “Sociedad B” y además posea en ésta la mayoría de los derechos de voto, o pueda disponer de ellos mediante acuerdos con otros socios.
- Cuando la “Sociedad A” **sea socio** de la “Sociedad B” y además pueda nombrar o destituir a la mayoría de los administradores.
- Cuando la “Sociedad A” **sea socio** de la “Sociedad B” y además haya nombrado con sus votos a la mayoría de los administradores <sup>(2)</sup>.
- Cuando la “Sociedad A” forme **unidad de decisión** con la “Sociedad B” porque ostente o pueda ostentar su control directo o indirecto.
- Cuando la “Sociedad A” forme **unidad de decisión** con la “Sociedad B” porque el control (en principio separado) de ambas corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto.
- Cuando la “Sociedad A” forme **unidad de decisión** con la “Sociedad B” porque la mayoría de los administradores de “B” sean administradores o directivos de “A” (o de otras sociedades dominadas por “A”).

(1) Definimos la *Sociedad A* y la *Sociedad B* con el fin de simplificar la exposición.

(2) Dejamos aquí al margen el requisito adicional de que el nombramiento lo haya sido con dos años de antelación por no afectar al objeto de esta nota.

Todo este esquema se cierra con la declaración de que, a efectos de definir el concepto de Grupo, se equipara la titularidad formal y directa de los derechos con la indirecta (caso de que los derechos correspondan a otra sociedad dominada por “A”); también con la fiduciaria (caso de personas que ejerciten derechos en “B” por cuenta de “A” o de sus dominadas); e incluso con la simple concertación de voluntades (caso de personas que actúen en “B” de manera concertada con “A”).

Queda claro, por tanto, que existen dos presupuestos para que podamos hablar de Grupo Económico, bastando con que se dé uno cualquiera de ellos:

- a) La Sociedad “A” tiene que **ser socio** de la Sociedad “B” (y entonces, deben cumplirse otras condiciones adicionales).
- b) La Sociedad “A” tiene que formar **unidad de decisión** con la Sociedad “B”.

### **Aplicabilidad a la operación de aportación a una SII preexistente.**

Ninguno de los dos presupuestos identificados en el punto anterior concurren en una operación como la que estudiamos.

Estamos ante dos entidades totalmente desvinculadas, que no tienen socios comunes, ni administradores comunes, ni personas interpuestas a través de las cuales una de ellas ejercite derechos en la otra. Nos encontramos con dos juntas generales y dos órganos de administración no *contaminados* en el sentido del artículo 4 LMV:

- Una de esas entidades (la SII) va a someter a su junta general un proyecto de ampliación de capital con emisión de nuevas acciones y contravalor en aportaciones no dinerarias, conforme autoriza el artículo 151 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. En esa junta, que deberá reunirse y acordar con mayorías reforzadas, no habrá participación alguna de derechos o intereses de la que hemos llamado *entidad original*. Por supuesto, habrán tenido lugar negociaciones y encuentros entre los administradores de ambas, puesto que es impensable que pueda llegarse a una operación de este tipo por generación espontánea. Pero lo importante, a estos efectos, es que la SII y la entidad original se encontrarán en una clara contraposición de intereses, la mayor imaginable en el tráfico económico:
  - La *entidad original* querrá que sus bienes se valoren por el mayor importe posible, y que con ese módulo de valor se le entreguen las acciones de la SII en la ampliación.

- La SII querrá que los bienes se valoren por el menor importe posible, y que de este modo los accionistas iniciales, que van a renunciar al derecho de suscripción preferente, diluyan lo menos posible su participación y acumulen la mayor plusvalía latente en sus acciones.

Por lo demás, será imperativo que en este proceso intervengan los *expertos independientes* nombrados por el Registrador Mercantil, que habrán de elaborar un informe descriptivo de las aportaciones y de los criterios de valoración adoptados. Como es sabido, el valor escriturado de los bienes aportados no podrá superar en un 20% el valor atribuido por los expertos, ya que en otro caso será denegada la inscripción de la escritura de ampliación. Este informe podrá ser el mismo que el que exige el art. 73.3 RIIC, siempre que el Registrador haya designado como *experto independiente* a una Sociedad de Tasación especialmente habilitada e inscrita en los Registros administrativos del Banco de España y de la CNMV.

Estamos, por tanto, ante un control externo de la transparencia de la operación, que sirve para reforzar la ecuanimidad del valor atribuido a los bienes que se aportan.

- Por su parte, la *entidad original* va a reestructurar una parte importante de su activo, enajenando la propiedad directa de bienes inmuebles a cambio de acciones de la SII, y aceptando con ello abandonar su señorío directo sobre aquellos bienes para someterse en el futuro, respecto de ellos, a la disciplina del Derecho de sociedades, del Derecho del Mercado de Valores, del Derecho de la Inversión Colectiva y a la supervisión de la CNMV. En la medida en que esta decisión no se configura como una escisión societaria, puede no ser necesaria la convocatoria de la asamblea de socios o junta general correspondiente, pero de lo que no cabe duda es de que en este momento *gestatorio*, la *entidad original* tiene sus intereses fuertemente enfrentados a los de la SII.

Cuestión totalmente distinta es que, dentro de esa colisión de intereses, prevalecerá el ánimo de llegar a un acuerdo, y así sucederá que la ampliación de capital será finalmente acordada porque a los socios de la SII les parecerá razonable el valor asignado a los bienes que ingresan en la sociedad; y a la entidad original le parecerá satisfactorio el volumen de capital atribuido mediante entrega de acciones de la SII. Y todo ello, dentro del margen de tolerancia fijado por el informe de *expertos independientes*.

Claro está que no puede confundirse el hecho de alcanzar un acuerdo con el concepto de *actuar sistemáticamente en concierto* que utiliza la LMV. Y aún más claro que la *entidad original* y la SII no forman Grupo Económico durante todo el proceso relevante a efectos de garantizar que no existen precios de transferencia sesgados ni riesgo de defraudación para alguna de las partes o para sus socios o partícipes, incluso minoritarios.

Es un fenómeno común en el tráfico económico que las dos partes de un contrato tengan enfrentados sus intereses, podríamos decir que es casi un presupuesto de la contratación. Pero precisamente el contrato viene a componer ese enfrentamiento, ofreciendo un lugar de encuentro a esas voluntades que colisionan y que quieren, en todo caso, efectuar una transacción y no darla por frustrada. Si en la situación final, después de celebrado y consumado el contrato, resulta que las partes que lo otorgaron se han convertido en Grupo Económico, ése es precisamente uno de los efectos de la consumación del contrato, y por tanto esas mismas partes no eran Grupo Económico con anterioridad. Dicho de una manera simple, no se es persona antes de haber nacido, no se es marido y mujer antes de contraer matrimonio, y no se es Grupo Económico hasta que no se dan los presupuestos que la ley establece para llegar a serlo.

### **Consecuencias prácticas.**

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, llegamos a la conclusión de que al tipo de operación que estamos estudiando **no le serán de aplicación las restricciones y límites que establece el Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva en cuanto al límite máximo de inmuebles adquiridos a entidades del mismo grupo de la institución** (art. 72.9, último párrafo), cifrado en un 25% de su activo, aparte de otras condiciones que se analizan con más detenimiento en el punto siguiente.

Esta solución, por otra parte, resulta coherente con el resto de las normas legales y reglamentarias que regulan aspectos conexos. Así, por ejemplo, se ha eliminado el límite de participación máxima de un solo socio en una SII, en la reforma operada por el R.D. 845/1999. Aunque se mantiene el requisito de difusión mínima (100 socios), es posible que el reparto del capital deje a uno de ellos con una mayoría total en la entidad. No se entiende por qué se iba a aceptar como lícito esta concentración de capital y no iba a serlo que se produjera, precisamente, como consecuencia de la aportación no dineraria de inmuebles como contravalor de la suscripción de una ampliación por parte de la SII.

Cuestión distinta, y que pasamos a estudiar, es que además los límites citados tampoco deban entrar en juego en el caso de una pura y simple aporta-

ción de inmuebles que constituyan rama de actividad a una sociedad filial dominada por la entidad original, que constituyera de esta manera una SII de nueva creación.

### III. APORTACIÓN A UNA SII DE NUEVA CONSTITUCIÓN

Este supuesto es aparentemente más simple que el anterior, ya que aquí de lo que se trata es de que la entidad original adopte la decisión de segregar una rama de actividad, concretamente la de tenencia y explotación de inmuebles de uso residencial, aportando los activos y pasivos a ella vinculados a una Sociedad de Inversión Inmobiliaria de nueva creación, cuya constitución promoverá precisamente con ocasión de la operación (coloquialmente, *filialización* de rama de actividad).

En principio, la SII resultante podría constituirse con el carácter de sociedad unipersonal, por autorizarlo así genéricamente el Derecho de sociedades, aunque tendría que alcanzar el objetivo de difusión marcado por el Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva (arts. 73.4, 15 y 16) en el plazo máximo de un año. Como es sabido, en la actualidad ese requisito se entiende cumplido con la cifra de, al menos, 100 accionistas.

El análisis de este punto se centra en determinar si una operación de este tipo se vería afectada por los límites y condiciones establecidos en el citado art. 72.9 último párrafo del RIIC, y que pasamos a exponer para una mayor claridad expositiva.

#### **Interpretación del art. 72.9 del RIIC.**

El contenido de esta disposición es como sigue:

*9. Las sociedades y fondos de inversión inmobiliaria únicamente podrán adquirir inmuebles a entidades de su mismo grupo o del grupo de su sociedad gestora cuando sean de nueva construcción y siempre que se cumplan los siguientes requisitos:*

- a) Que los reglamentos o estatutos de la institución permitan tales adquisiciones.*
- b) Que la sociedad gestora o, en su caso, la sociedad de inversión disponga de un procedimiento interno formal recogido en su reglamento interno de conducta, para cerciorarse que la operación se realiza en interés exclusivo de la institución de inversión colectiva. La confir-*

*mación de que estos requisitos se cumplen deberá ser adoptada por una comisión independiente creada en el seno de su consejo, o alternativamente por un órgano interno de la sociedad gestora al que se encomiende esta función.*

- c) La sociedad gestora deberá informar en los folletos y en la información periódica que publique sobre los procedimientos adoptados para evitar los conflictos de interés y sobre las operaciones realizadas en la forma y con el detalle que la Comisión Nacional del Mercado de Valores determine.*
- d) La comisión u órgano interno a que se refiere el párrafo b) anterior deberá informar al consejo al menos una vez al mes sobre las operaciones realizadas.*

***Los inmuebles adquiridos a entidades del mismo grupo de la institución de inversión colectiva o del grupo de su sociedad gestora no podrán suponer más del 25 por 100 del activo de la institución.***

*Las sociedades y fondos de inversión inmobiliaria no podrán vender inmuebles a las personas o entidades de su mismo grupo o del grupo de la sociedad gestora.*

Este complicado conjunto de preceptos, como toda norma jurídica, debe ser interpretado y situado en el marco que le sirve de referencia, que no es otro que la mejor protección de los intereses de los partícipes de los Fondos de Inversión Inmobiliaria y de los socios —especialmente los minoritarios— de las Sociedades de Inversión Inmobiliaria, en evitación de que la Sociedad Gestora del Fondo, o bien el accionista mayoritario de la Sociedad —que generalmente dominará la administración de la misma— se dediquen a realizar operaciones de compra de inmuebles por cuenta de la Institución en provecho propio, o de sus entidades vinculadas.

La primera nota sobre la que hay que llamar la atención es la de la palabra literalmente usada por la norma: ...*Los inmuebles adquiridos a entidades del mismo grupo...* Y en relación con este término, hay que determinar si el RIIC está pensando en las compras de inmuebles por la SII, o bien incluye en él cualquier otro título por el cual los inmuebles ingresen en la sociedad y, concretamente, si una aportación no dineraria efectuada en el momento constitutivo de aquélla (o con ocasión de una ampliación de capital) estaría o no cubierta por la limitación.

Si buceamos por el texto del propio RIIC nos encontramos con que esta disposición es bastante rigurosa a la hora de elegir los términos con que referirse a los distintos títulos jurídicos en virtud de los cuales la Sociedad Inmobilia-

ria (o el Fondo, en su caso) pueden llegar a ser titulares de los inmuebles. En todo el articulado de la norma, cuando se usa la palabra **adquisición**, se alude al ingreso de un bien o derecho en el patrimonio de la SII (o del FII, en su caso) por título de compraventa (aunque también se usa el término *compras y ventas* con el mismo fin). En cambio, cuando se quiere aludir a la adquisición de la propiedad del inmueble como consecuencia del canje por acciones o participaciones de la Institución, habla de **aportación**. He aquí algunos ejemplos:

- Art. 72.2      Declara inversión apta la que consista en **adquirir** una sociedad que tenga un único bien inmueble, con objeto de disolverla en un plazo de seis meses. Igualmente se acepta la **adquisición** de inmuebles en construcción.
  
- Art. 72.6      Las **compras** o **ventas** de inmuebles realizadas con socios o partícipes se sujetan a las mismas cautelas que el arrendamiento de inmuebles a esas mismas personas.
  
- Art. 72.7      Las sociedades y fondos pueden financiar la **adquisición** de inmuebles con garantía hipotecaria, dentro de ciertos límites.
  
- Art. 72.8      Las sociedades y fondos pueden rehabilitar los inmuebles **adquiridos**.
  
- Art. 73.3      Las **aportaciones** para la constitución o ampliación del capital de las SII deberán efectuarse en efectivo, en inmuebles o en valores. Los bienes inmuebles deberán tasarse en el momento de su **aportación** (y esta valoración podrá ser la misma que exige el art. 38 TRLSA).
  
- Art. 74.2      Las **aportaciones** para la constitución o ampliación del capital de los FII deberán efectuarse en efectivo, en inmuebles o en valores.
  
- Art. 74.6      Los bienes inmuebles en que inviertan los fondos deberán tasarse al menos una vez al año y, en todo caso, en el momento de su **adquisición, aportación** al fondo o **venta**.
  
- Art. 76 bis 1   Las **adquisiciones** de viviendas por las SII gozarán de una bonificación del 95% en la cuota del Impuesto de Transmisiones.
  
- Art. 79 bis 1   Las **adquisiciones** de viviendas por los FII gozarán de una bonificación del 95% en la cuota del Impuesto de Transmisiones.

De todos los ejemplos expuestos, el más llamativo es el contenido en el artículo 74.6 que claramente diferencia los conceptos de *adquisición* y *aportación*, tratándolos como lo que son: distintos títulos jurídicos aptos para transferir el dominio.

Por otra parte, encontramos que el contenido del art. 72.9 del RIIC que estamos estudiando es claramente restrictivo: establece toda una serie de condiciones para las operaciones de *adquisición* de inmuebles a entidades del mismo grupo, o del grupo de la sociedad gestora. Para empezar, debe tratarse de inmuebles nuevos y, cumplido este requisito previo, se entra en una lista de requisitos adicionales, entre los cuales interesa resaltar, ahora, el de que la institución cuente con un procedimiento formal recogido en su reglamento interno de conducta, para cerciorarse de que la operación se realiza en interés exclusivo de aquélla.

Es sabido que las normas prohibitivas o limitativas deben ser objeto de interpretación restrictiva, no pudiendo ampliarse su ámbito por vía analógica a supuestos no contemplados expresamente en su literalidad. Pero es que, además, el procedimiento interno de control resulta perfectamente inútil en el caso de *aportaciones* a la SII a cambio de acciones:

- Si la aportación se produce en el momento constituyente de la sociedad, los socios que otorguen la escritura deberán consentir en la misma, en cuanto a la valoración de los bienes aportados y su canje por acciones.
- Si se produce la aportación en un momento posterior a la constitución, por vía de ampliación de capital, el acuerdo mismo de ampliación habrá tenido que ser adoptado en Junta General, con lo que el control habrá sido ejercido por este órgano supremo de gobierno de la sociedad.

En uno y otro caso, además, se habrá producido el informe de expertos independientes nombrados por el Registrador Mercantil, en los mismos términos que vimos en el punto anterior.

No parece que tenga sentido alguno el que, habiendo acordado la junta general, tenga que venir un órgano de inferior rango a ratificar o cuestionar la adopción de aquel acuerdo.

A mayor abundamiento, cuando el RIIC define las bonificaciones y exenciones tributarias de las SII y FII en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, se cuida mucho de distinguir:

- La **bonificación del 95% en la cuota** que afecta a las *adquisiciones* de inmuebles, que son las que vienen gravadas en el título primero del Texto Refundido de la Ley del Impuesto, bajo la modalidad de *Transmisiones Patrimoniales*.

- La **exención** reconocida en las operaciones de constitución, aumento de capital y fusión de SII y FII, bajo la modalidad de *Operaciones Societarias*, aplicable en los supuestos de **aportación** a cambio de acciones (o participaciones, en su caso).

Y en lo que a las obligaciones de información se refiere, nos encontramos también con un diferente régimen jurídico según que la operación que se realice sea de **adquisición** a entidades del grupo, o bien de **aportación** al Fondo o SII. Así, tenemos:

|                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|-----------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Adquisición</b> a entidades del grupo (art.72.9)             | La sociedad gestora (en el caso de los Fondos) deberá informar en la información periódica que publique y en los folletos sobre estas operaciones, con el detalle que establezca la CNMV.<br><br>El órgano interno especial deberá informar al Consejo de la sociedad gestora (Fondos) o de la propia sociedad (SII). |
| <b>Aportación</b> de inmuebles a SII (art. 73.3) <sup>(3)</sup> | Si la aportación se hace para la constitución, se deberá informar en la memoria explicativa previa y también en el primer informe trimestral que se produzca.<br><br>Si la aportación es posterior a la constitución, deberá informarse en el informe trimestral inmediatamente posterior.                            |

Como argumento adicional en esta línea de distinguir conceptos, está claro que cuando el RIIC habla de ventas de inmuebles está aludiendo precisamente

---

<sup>(3)</sup> El régimen de las obligaciones de información es idéntico en el caso de aportaciones a Fondos Inmobiliarios (art. 74.2).

al mecanismo contrario al de adquisición, y lo hace para prohibir totalmente ese tipo de operaciones entre la Institución (FII o SII) y las personas o entidades de su mismo Grupo (caso de la SII) o del Grupo de la Sociedad Gestora (caso de los FII) (art. 72.9 RIIC, inciso final). Evidentemente, pueden prohibirse las ventas de inmuebles a los socios o partícipes que tengan una causa de *contaminación de Grupo*, pero no podrían prohibirse las *desaportaciones* a tales personas, simplemente porque ante una reducción de capital con restitución no dineraria de aportaciones, o ante una disolución y liquidación de la entidad, los bienes inmuebles que no se hubiera acordado enajenar a terceros, o no hubieran podido serlo, tendrían que ser objeto de cesión a los socios o partícipes en proporción a su participación en el haber social.

### Consecuencias prácticas.

De lo anterior se desprende que es perfectamente lícito y admisible que una persona o entidad que posea entre sus bienes un conjunto de inmuebles susceptibles de integrar el activo de una Sociedad de Inversión Inmobiliaria decida constituir este tipo de vehículo societario y aportar a él tales bienes, sin sujetarse a los límites que vienen impuestos por el art. 72.9 del RIIC, porque tales límites están establecidos en garantía de los socios o partícipes para un supuesto bien distinto, como es el de adquisición por un título oneroso distinto de la aportación de capital, generalmente la compraventa. Si además pensamos en la *filialización* de una rama de actividad mediante la constitución de una SII inicialmente unipersonal, la licitud de la operación se ve con toda claridad: no existirían intereses minoritarios que proteger con la limitación del 25% del art. 72.9 RIIC, simplemente porque un solo socio no puede defraudarse a sí mismo.

Con posterioridad, otras personas deberán entrar en la SII (por adquisición derivativa de sus acciones o por ampliación de capital), y será en ese momento cuando podrán controlar el valor atribuido a las acciones y al patrimonio social.

En lo sucesivo, mientras la entidad aportante tenga la cualidad de pertenecer al Grupo económico de la SII, no le podrá vender inmuebles por encima del límite del 25% del activo de la Institución, porque lo prohíbe el art. 72.9 del RIIC, pero nada se opone a que, vía sucesivas ampliaciones de capital acordadas por la SII, pudieran hacerse nuevas aportaciones procedentes de aquella persona o entidad. Esta interpretación es sensible a las enormes diferencias existentes entre una ampliación de capital con aportaciones no dinerarias (acuerdo en Junta, mayorías reforzadas, Informe de Expertos Independientes, control del valor de aportación... en suma, transparencia) y la simple adquisición por compra de un inmueble por la Sociedad, que puede ser un acto discrecional de los administradores sin ningún requerimiento especial de autorización previa o supervisión por otros órganos sociales.

---

# JURISPRUDENCIA

---

# **TITULARIDAD DEL ESTADO DE LOS DEPÓSITOS ABANDONADOS EN CAJAS DE AHORRO Y SIN MOVIMIENTOS EN LOS ÚLTIMOS VEINTE AÑOS**

*[Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo,  
de 21 de marzo de 2000]*

*Ponente: Sr. D. José Vázquez Sandes*

HENAR ÁLVAREZ ÁLVAREZ

*Becaria de Investigación del Departamento de Derecho Civil  
de la Facultad de Derecho de Valladolid*

## **I. ANTECEDENTES**

El abogado del Estado formuló demanda ejercitando acción reivindicatoria contra Caja de Ahorros de Asturias, ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Oviedo. Solicitó en el Suplico de la demanda que: “a) Se declare que son propiedad del Estado los valores, dinero y bienes muebles constituidos en depósitos en las oficinas, sucursales y agencias de la “Caja de Ahorros de Asturias” y los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro y cuentas análogas abiertas en las mismas que hubieran incurrido en abandono, por no haberse practicado gestión alguna por sus titulares que implique el ejercicio de su derecho de propiedad en un plazo de veinte años y b) Asimismo, y como consecuencia del anterior, que se condene a la ‘Caja de Ahorros de Asturias’ a entregar al Estado las correspondientes can-

tidades, valores y bienes que, en su caso, se determinarán en ejecución de sentencia, con imposición de costas a la demandada”.

La parte demandada se opuso alegando excepción de defecto legal en la forma de proponer la demanda.

El Juzgado estimó la demanda, declarando que eran propiedad del Estado los depósitos cuyo abandono se hubiese consumado tras la entrada en vigor de la Ley General Presupuestaria (28 de enero de 1977) y condenando a la citada Caja demandada a entregar al Estado las correspondientes cantidades, sin especial condena en costas.

Contra dicha Sentencia la Caja de Ahorros de Asturias interpuso Recurso de apelación que resolvió la Sección Sexta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, desestimándolo y revocando la Sentencia aco-

giendo de oficio la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario.

El abogado del Estado formalizó recurso de casación basándolo en infracción del principio de congruencia recogido en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como infracción del artículo 24.1 *in fine* de la Constitución Española, que proscribe, en cualquier caso, la indefensión de parte. Asimismo, consideró que se había efectuado una interpretación errónea del artículo 29.2 de la Ley General Presupuestaria en su versión refundida de 23 de septiembre de 1988, en relación con el artículo 609 del Código Civil. Además, consideró infringido el artículo 2 apartado 2 del Código Civil, puesto que no fue aplicado.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—El primer motivo de recurso denunciando infracción del principio de congruencia establecido en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es desestimado, puesto que es muy reiterado en la jurisprudencia la doctrina que establece que la excepción o falta de litis consorcio pasivo necesario puede ser apreciada de oficio por el juzgador para no provocar indefensión.

**Segundo.**—El resto de los motivos de recurso se examinan conjuntamente. Se estima que pertenece al Estado todo bien abandonado en estas circunstancias, con la consecuente obligación inducida de quien lo haya recibido en depósito, y sólo en este concepto pudo tenerlo desde el acto de su constitución, de trasladarlo al titular que surge, desde la dejación o desentendimiento de aquél que encomendó su custodia a la Caja demandada quien, como destinataria de la disposición legal que se invoca, debe dar cumplimiento a esta posibilidad de dar entrada en el proceso que suscite su negativa a ese cumplimiento, a quienes en principio, y por disposición legal, han abdicado de todo derecho sobre los objetos litigiosos,

basados en la caducidad de sus titulares y exigencia de puesta en su definitivo destino legal.

**Tercero.**—En este fundamento se menciona la legislación que ha tratado esta cuestión, a saber: artículo 1 y 3 del Real Decreto-Ley del Ministerio de Hacienda de 24 de enero de 1928, artículo 54 del Real Decreto-Ley del Ministerio de Trabajo de 21 de noviembre de 1929 sobre Régimen de Ahorro Popular, Estatuto Especial para las Cajas Generales de Ahorro Popular, la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 (en su versión refundida de 23 de septiembre de 1988) y la Orden de 24 de abril de 1981.

Se entiende que el artículo 29.2 de la Ley General Presupuestaria ha derogado tácitamente, aplicando el artículo 2.2 del Código Civil, la legislación anterior, y estos bienes constituidos en depósito pasan a ser del Estado.

Asimismo, se determina la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros, estableciendo que su carácter benéfico-social no les priva de su naturaleza crediticia y financiera y por tanto están comprendidas en el artículo 29.2 de la Ley General Presupuestaria.

**Cuarto.**—Se estima el recurso de casación casando y anulando la Sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, declarando que pertenecen al Estado por ministerio de la ley como bienes abandonados que son “los valores, dinero y bienes muebles constituidos en depósito en las oficinas, sucursales y agencias de la misma, y los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro y cuentas análogas igualmente abiertas en ellas —que han de estimarse abandonados en cuanto sus titulares o interesados no han practicado gestión alguna sobre ellas, que presuponga ejercicio de su derecho de propiedad, en un plazo de veinte años—”.

**Quinto.**—No se hace especial imposición de las costas causadas en el recurso, en

base al artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Fallo.**—“Que estimando el recurso de casación interpuesto por el señor abogado del Estado contra la Sentencia dictada el 3 de mayo de 1995 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo conociendo

en apelación de los Autos de juicio declarativo de menor cuantía núm. 47/1994 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de la misma capital, casamos y anulamos la misma y confirmamos la que en los propios autos dictó dicho Juzgado el 17 de noviembre de 1994, sin hacer especial imposición de las costas causadas en este recurso”.

## COMENTARIO

### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CONCEPTO DE DEPÓSITO.
- III. NORMATIVA ANTERIOR A LA LEY GENERAL PRESUPUESTARIA DE 4 DE ENERO DE 1977.
- IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CAJAS DE AHORRO.
  1. Antecedentes históricos del depósito irregular.
  2. Derecho comparado.
  3. Distinción de otros contratos.
- V. CONSIDERACIONES FINALES.

### I. INTRODUCCIÓN

En la Sentencia del TS de 21 de marzo de 2000, objeto de este comentario, se trata de determinar si los valores, depósitos y saldos de cuentas corrientes existentes en la Caja de Ahorros de Asturias e incursos en abandono por no haberse practicado gestión alguna sobre ellos en un plazo de veinte años, pertenecen al Estado o, si por el contrario, pertenecen a la Caja de Ahorros depositaria para ser aplicados, en su totalidad, a la realización de sus obras sociales, culturales y benéficas.

El Tribunal Supremo considera en la Sentencia que son bienes abandonados por su titular el dinero depositado o los saldos en entidades financieras,

respecto de los cuales no se haya practicado gestión alguna en veinte años. Por tanto, es de aplicación al presente caso el artículo 609 del Código Civil, que establece que uno de los modos de adquirir la propiedad de los bienes muebles es a través de la ocupación<sup>(1)</sup>.

El Tribunal Supremo basa el fallo de la Sentencia comentada en el artículo 29.2 de la Ley General Presupuestaria (Ley 11/1977, de 4 de enero) y su vigente Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, que preceptúa que *“son bienes abandonados por su titular; y, como tales, pertenecientes al Estado, los valores, dinero y demás bienes muebles constituidos en depósito, voluntario o necesario, en toda clase de Sociedades de crédito o Entidades financieras, respecto de las cuales, y en el plazo de veinte años, no se haya practicado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad. Este mismo régimen es aplicable a los saldos de cuentas corrientes abiertas en los referidos establecimientos o entidades”*.

De lo regulado en este artículo, merecen especial comentario las siguientes cuestiones:

- Concepto de depósito.
- Normativa anterior a la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977.
- Naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorro.

A continuación estudiaremos los citados problemas jurídicos que se plantean en la sentencia objeto de análisis.

## II. CONCEPTO DE DEPÓSITO

Al comentar esta Sentencia no puede prescindirse de establecer el concepto del contrato de depósito.

De entrada, debo resaltar que el Código Civil no define el contrato de depósito. Simplemente en el artículo 1758 se limita a señalar que *“se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla”*. La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de

---

(1) No cabe en cambio la ocupación de inmuebles, ni tampoco se puede adquirir a través de esta figura otros derechos reales que no sean la propiedad. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: *Comentario del Código Civil*. Tomo I. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993, p. 1544.

1996<sup>(2)</sup> señala que “el contrato de depósito se puede definir legalmente como el pacto en virtud del cual uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla; siendo esencial al mismo la obligación de custodiar y devolver lo que se recibió, cuando sea pedido por el depositante”.

Para LACRUZ, el depósito “es el contrato que tiene por objeto principal la custodia de una cosa mueble que entrega un contratante (deponente o depositante) con tal finalidad, al otro (depositario), que se compromete a su guarda y conservación”<sup>(3)</sup>.

Por lo que al comentario de esta Sentencia respecta, debo referirme al depósito de dinero, conocido con el calificativo de “depósito irregular”. Es aquel contrato cuyo objeto consiste en una determinada cantidad de cosas fungibles (principalmente dinero) que pueden ser no sólo utilizadas, sino incluso consumidas, por el depositario. Puesto que la fungibilidad del objeto dado en depósito admite y posibilita la adquisición de la propiedad de la cosa dada por el depositario en depósito, el depositante no puede obligarle a devolver la misma cosa, sino que debe restituírle una misma cantidad de cosas fungibles, denominado *tantundem*<sup>(4)</sup>.

En estos casos el depositante pierde la propiedad por confundirse en el patrimonio del depositario, pero hay que destacar que a pesar de que nos encontremos ante un depósito de cosas fungibles, no conlleva un permiso tácito de uso, por tanto el depósito de cosas fungibles por sí sólo no es un depósito irregular y para serlo se requiere el permiso expreso del artículo 1767.1 del Código Civil. De igual modo, la conversión en mutuo del depósito irregular del artículo 1768.2 del Código Civil no se presume. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1915 estableció que “es condición esencial del contrato de depósito, tanto civil como comercial, la de que sea ajena la cosa depositada, que el depositario no pueda servirse de ella a no ser con permiso o asentimiento del deponente, en cuyo caso se convierte el depósito en préstamo o comodato, o en el contrato que en su sustitución se hubiere celebrado con arreglo al Código de Comercio”.

SÁNCHEZ CALERO define al depósito irregular como el “depósito de cosas fungibles, que el depositario puede usar y consumir, de manera que adquiere su propiedad y se compromete a devolver, no la misma cosa” (*idem corpus*), “sino otro tanto de la misma especie y calidad (*tantundem eiusdem*”

(2) RJ 8999.

(3) LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil, II*. Volumen Segundo. José M.<sup>º</sup> Bosch Editor, Barcelona, 3.<sup>ª</sup> edición, 1995, p. 251.

(4) LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, Trivium, Madrid, 5.<sup>ª</sup> edición, 1999, pp. 357 a 359.

*generis*)”<sup>(5)</sup>. Entiendo que el tratamiento que realiza el Tribunal Supremo en la Sentencia comentada apoya esta concepción.

En opinión de Garrigues, existe una presunción de irregularidad en el depósito de cosa fungible, a no ser que haya pacto o prueba en contrario, recayendo la presunción a favor del depositario y correspondiendo la carga de la prueba al depositante<sup>(6)</sup>.

Para un sector de la doctrina el dinero no se entrega de modo que se preserve en su identidad una vez dado, produciéndose así el fenómeno de la conmixción, con la consiguiente incorporación del bien al patrimonio del *accipiens*, pudiendo disponer el depositario a su conveniencia de lo que ha pasado a ser de su propiedad, todo ello a cambio de la obligación de restitución de otro tanto de la misma especie y calidad que lo recibido<sup>(7)</sup>. Con toda seguridad, el Tribunal Supremo acoge implícitamente en la resolución esta doctrina, al obligar a la Caja de Ahorros de Asturias a entregar al Estado las cantidades abandonadas por sus titulares en los depósitos, cuentas corrientes, libretas de ahorro y cuentas análogas.

### 1. Antecedentes históricos del depósito irregular<sup>(8)</sup>.

Al comentar esta Sentencia no puede prescindirse de hacer una breve referencia a los antecedentes históricos del depósito irregular, así como al tratamiento de esta figura contractual en el derecho comparado.

A pesar de que el derecho histórico había venido admitiendo la figura del depósito irregular, con la codificación se cambia de planteamiento. El Proyecto del Código Civil de 1851 erradica la existencia del depósito irregular. Del mismo modo deben interpretarse los actuales artículos 1767 y 1768 del Código

---

(5) SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*. Volumen II. Ed. McGraw-Hill, Madrid, 23.ª edición, p. 273.

(6) GARRIGUES, J.: “El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil”. RCDI, Madrid, 1932, p. 170.

(7) OZCARIZ MARCO, F.: *El contrato de depósito*. José M.ª Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 39.

(8) Antes de Roma, en Babilonia, Egipto y Grecia aparecen los primeros rastros del depósito irregular. A pesar de que la denominación “*depositum irregulare*” se debe a un posglosador del siglo XV llamado Jason de Maine, fue regulado por las fuentes del derecho romano, como figura propia e independiente, cuyo objeto era una suma de dinero no cerrada ni sellada, y la propiedad de la cosa depositada pasaba al depositario, con la obligación de restituir *tantumdem eiusdem generis, qualitatis et bonitatis*. Además, en el Código de las Partidas se encuentran recogidas las características más salientes del depósito irregular. FLORES MICHEO, R.: “El depósito irregular”, RDP, 1963, pp. 753 y ss.

Civil, ya que se prohíbe usar de la cosa depositada sin permiso expreso, y en los casos en que se dé dicho permiso, nos encontraríamos ante un préstamo o un comodato, y no ante un depósito. Pero estos preceptos están en contradicción con lo preceptuado en el artículo 1770.2 del Código Civil, cuyo encabezamiento “*consistiendo el depósito en dinero...*”, a juicio de LASARTE ÁLVAREZ <sup>(9)</sup>, imposibilita la exclusión radical de las cosas fungibles del ámbito propio del contrato de depósito.

## 2. Derecho comparado.

Por lo que al derecho comparado se refiere, hay una serie de legislaciones que admiten la figura del depósito irregular, reglamentándola como tal depósito (artículo 2189 del Código Civil argentino y el artículo 481 del Código federal suizo). Otras legislaciones no rechazan la figura pero la remiten a las reglas del mutuo (parágrafo 700 del B.G.B. y artículo 1782 del Código Civil italiano). Otras legislaciones, como el Código austríaco (parágrafo 759) convierten expresamente el mutuo y el comodato en depósito irregular. Asimismo, hay legislaciones que no mencionan el depósito irregular, ni de sus preceptos puede deducirse su existencia (artículo 1932 del Código Civil francés) <sup>(10)</sup>.

Cabría, por fin, referirse a una última cuestión:

## 3. Distinción de otros contratos.

Como claramente establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1987 <sup>(11)</sup>, hay que distinguir el contrato de depósito propiamente dicho, cuya finalidad es la guarda de los bienes a disposición del depositante, de otros contratos en los que entre otras prestaciones, se encuentra la del deber de custodia, pero cuya finalidad y naturaleza son diferentes. El Tribunal Supremo se refiere en la Sentencia comentada a la figura del depósito, sin entrar a tratar su diferencia de otras figuras afines. No obstante lo anterior, considero necesario abordar la cuestión, para lograr un comentario más claro y exhaustivo de la Sentencia.

De entrada, debo resaltar que la doctrina en este punto no es unánime, y se discute si nos hallamos ante un verdadero contrato de depósito o si tal figura es inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico. Así, el artículo 1768 del Código Civil establece que si el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa

<sup>(9)</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, Ed. Trivium, Madrid, 5.ª edición, 1999, p. 358.

<sup>(10)</sup> FLORES MICHEO, R.: “El depósito irregular”. RDP, 1963, pp. 757 y 758.

<sup>(11)</sup> RJ 4276.

depositada “*el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato*” <sup>(12)</sup>.

El artículo 1767 del Código Civil determina que el depositario no puede usar la cosa sin permiso expreso del depositante, y cuando existe tal permiso, que debe ser expreso, el depósito se convierte en préstamo o comodato.

A este respecto, el artículo 309 del Código de Comercio, de forma no tan terminante, da a entender que el régimen jurídico del depósito irregular es el del préstamo, la comisión o el contrato “*que en sustitución del depósito hubieren celebrado*”. A juicio de SÁNCHEZ CALERO <sup>(13)</sup>, esto puede significar que el depósito irregular no se transforma necesariamente en un préstamo, sino que puede surgir un contrato con características específicas, compartiendo el criterio de un sector de la doctrina que estima que el depósito irregular puede considerarse como una variedad particular del depósito, que tiene un régimen que se aparta del depósito regular.

Concluye Sánchez Calero diciendo que en el depósito irregular el fin que debe perseguir el depositante es confiar la custodia de la cosa al depositario, y no debe fijarse plazo para la devolución de la cosa entregada (implícitamente en este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1987 <sup>(14)</sup> y de 10 de enero de 1991 <sup>(15)</sup>). Así se diferenciaría el depósito irregular del préstamo aunque, a juicio de este autor, se pueden aplicar al depósito irregular las normas del préstamo, en cuanto no desvirtúen la figura.

Para BADOSA COLL <sup>(16)</sup>, el artículo 1768 del Código Civil es a la vez el complemento y la contradicción del artículo 1767 del mismo cuerpo legal, puesto que éste admite el depósito irregular desde el punto de vista de la “*esencia*” del depósito y el 1768 lo rechaza atendiendo a la tipicidad contractual. Se parte en el artículo 1768 del Código Civil de la idea de que el depósito irregular

---

<sup>(12)</sup> Según el artículo 1740 del Código Civil, por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y cantidad, en cuyo caso se llama préstamo o mutuo. Por tanto, según la naturaleza de las cosas, fungibles o infungibles, se tratará de préstamo (fungibles) o comodato (infungibles). Pero si es retribuido no será comodato, sino arrendamiento, *ex art. 1740 del Código Civil*.

<sup>(13)</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*. Volumen II. Ed. McGraw-Hill, Madrid, 23.ª edición, p. 273.

<sup>(14)</sup> RJ 6069.

<sup>(15)</sup> RJ 294.

<sup>(16)</sup> BADOSA COLL, F.: *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1660.

es un verdadero depósito, lo que sucede es que establece cuál será la normativa aplicable.

Cierto sector doctrinal entiende que debe atenderse básicamente a la verdadera intención de las partes, puesto que, basándonos en el artículo 1775 del Código Civil, en numerosas ocasiones al realizar un depósito de dinero el depositante persigue la disponibilidad del dinero en cualquier momento, sin que en ningún caso tenga intención de conceder un préstamo.

Así, FLORES MICHEO y OZCÁRIZ MARCO consideran que la causa que mueve al depositante no es dar crédito al depositario, sino obtener de éste el servicio de que le garantice la restitución sólo cuando al depositante le convenga, y así, mientras tanto, le releva de la carga de la custodia. Cuestión aparte es que, como efecto de la incorporación del bien fungible al patrimonio del depositario irregular, éste reciba, en la práctica, un crédito como efecto de la misma<sup>(17)</sup>. Entiende Ozcáriz Marco, en base a este argumento que al depósito irregular se le aplica, a pesar de no ser un mutuo, la regulación de dicha figura contractual, puesto que la regulación del mutuo es el régimen general que se aplica a los contratos con entrega de bienes fungibles.

Pero también puede argumentarse que la finalidad principal del contrato de depósito, es decir, la custodia o guarda de la cosa (en este caso, del dinero), desaparece, puesto que la cosa fungible ingresa en el patrimonio del depositario sin posibilidad de distinguirla. Sin embargo, LASARTE ÁLVAREZ considera igualmente defendible entender que “lo que sucede es que tal obligación del depositario se transforma en la de administrar diligentemente su propio patrimonio, o la de tener siempre a disposición del depositante una cantidad de cosas igual a la recibida”<sup>(18)</sup>.

A este respecto, la Jurisprudencia se ha pronunciado a favor de la calificación como préstamo de las imposiciones o “depósitos” a plazo fijo, debido a la inexistencia de disponibilidad del dinero depositado por parte del depositante. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 1985<sup>(19)</sup> considera que “las llamadas en el ámbito de la banca ‘imposiciones de dinero a plazo fijo’, constituyen una de las numerosas figuras que en dicho marco mercantil se integran en el campo de los llamados negocios jurídicos bancarios y dentro de los cuales la doctrina mercantilista distingue cuando menos como modalidades las representadas por los contratos de ‘depósitos simples’ y ‘en cuenta corriente’;

(17) FLORES MICHEO, R.: “El depósito irregular”. RDP, 1963, p. 765; OZCÁRIZ MARCO, F.: *El contrato de depósito*. José M.<sup>º</sup> Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 47 y 48.

(18) LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, Ed. Trivium, Madrid, 5.<sup>ª</sup> edición, 1999, p. 358.

(19) RJ 3635.

concretamente, el negocio aquí contemplado, lo constituye cual se indica al comienzo de este fundamento, un ‘contrato de depósito de dinero a plazo fijo’, categoría ésta de negocios jurídicos mercantiles que como ya indicó esta Sala en su Sentencia de 29 de octubre de 1966 (RJ 5123), se caracterizan por su ‘notoria pobreza de esquemas legales’ y respecto del cual tampoco la doctrina mercantilista se caracteriza por la riqueza de sus construcciones, que oscilan entre las que le atribuyen la naturaleza del depósito irregular y aquellas otras que estiman se trata de una figura negocial dotada de caracteres especiales, sin olvidar aquella otra que con apoyo en alguna concreta sentencia de esta Sala (20 de enero de 1915 y 19 de octubre de 1925, sin olvidar la de 28 de noviembre de 1896, que abre camino para ello), estiman que habida cuenta la posición del Código Civil que no autoriza la existencia del depósito irregular, en este tipo de contratos en que el depositante puede disponer del capital depositado, nos hallamos a presencia de un préstamo”.

Es por ello que, siguiendo este criterio jurisprudencial, la Sentencia que comento, en el Fundamento de Derecho Cuarto, señala que pasarán a ser del Estado no sólo los depósitos abandonados en la Caja de Ahorros, sino también “los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro y cuentas análogas”.

Pero hay otras Sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas la de 28 de mayo de 1990<sup>(20)</sup> y la de 7 de octubre de 1997<sup>(21)</sup>, que entienden que la imposición a plazo da origen a un contrato mercantil *sui generis*, que no es puramente préstamo ni depósito, aunque contenga aspectos característicos de uno y otro.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1987<sup>(22)</sup>, en su Fundamento de Derecho Primero, establece que a pesar de que la doctrina científica y jurisprudencial discuta acerca de la verdadera naturaleza del depósito no individualizado de dinero (depósito irregular), calificándolo unos de contrato *sui generis* al no reunir las características esenciales del depósito ni del préstamo, y otros de contrato de préstamo a tenor de lo dispuesto en el artículo 1768 del Código Civil, puesto que puede el depositario servirse de la cosa depositada, existe unanimidad en entender que el depósito irregular atribuye la propiedad del dinero al depositario, “quien puede decidir libremente de ella porque es suya, sustituyéndose la obligación de custodia, típica del contrato de depósito, por la de disponibilidad a favor del depositante de la cantidad entregada”. Continúa señalando el citado Fundamento de Derecho que es mayoritaria la opinión de entender que en los depósitos o imposiciones a plazo

---

(20) RJ 4091.

(21) RJ 7101

(22) RJ 6069.

fijo, al desaparecer temporalmente la disponibilidad del depositante, desaparecen también los elementos típicos del depósito (restitución de la cosa cuando le sea pedida —artículo 1766 del Código Civil—) y se acentúan los del préstamo (recepción de una cosa fungible en propiedad para devolver después otro tanto).

Al igual que esta Sentencia, la de 3 de febrero de 1958 y la de 13 de diciembre de 1960, ambas del Tribunal Supremo, consideran que cuando el depósito no es de cosa específica, degenera en otros contratos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1985<sup>(23)</sup> entiende que la naturaleza del depósito de dinero o imposición a plazo fijo, a pesar de ser un negocio formal, suele documentarse utilizando una libreta nominativa y tiene el significado de un título impropio o de legitimación, que faculta a su titular para exigir en su día la suma de dinero correspondiente, pero en modo alguno puede ser conceptuado de título de valor. Pero como señala la resolución que comento, una vez transcurridos veinte años sin practicar ningún tipo de gestión de sus titulares sobre ellas, se presupone que incurren en abandono al no ejercer su derecho de propiedad, y pertenecerían al Estado por ministerio de la ley, como bienes abandonados que son.

Incluso, la Ley 554 de la Compilación Navarra aproxima al préstamo, en diversos aspectos, el depósito de cosas fungibles con facultades de disposición.

Pero a diferencia de lo que sucede con las cuentas bancarias a plazo fijo, en las cuentas corrientes a la vista se admite que sean un contrato de depósito irregular de cosa fungible, no coincidente exactamente con el mutuo, puesto que el interés del depositante no es facilitar bienes para su uso a la otra parte, sino una finalidad de custodia, reservándose la plena disponibilidad. A este supuesto, por remisión del artículo 310 del Código de Comercio se le aplican los estatutos de las entidades bancarias.

Apoyando este criterio jurisprudencial, la mayoría de la doctrina considera que la cuenta corriente a la vista es depósito, y las imposiciones a medio y a largo plazo son préstamos. Así, para PUIG BRUTAU “si la entrega de dinero a un Banco se realiza para asegurar su custodia, como en la llamada cuenta corriente a la vista, es natural que el depositante puede retirarlo a su voluntad, con lo cual, a pesar del carácter fungible de la cosa entregada, se producirá el efecto peculiar del depósito. A pesar de que el artículo 1768 obligaría a calificar el contrato de préstamo mutuo, la finalidad esencial de custodia implica la posibilidad de retirar la cantidad depositada a voluntad del depositante. Incluso al margen de la calificación de depósito irregular, se trataría de un caso en que del tenor de la obligación o de otras circunstancias, el término resultaría establecido a favor de una de las partes (artículo 1127 del Código Civil). “Por tanto, ni la

(23) RJ 6654.

posibilidad de que el depositario pueda servirse de la cosa depositada, ni la adquisición de la propiedad de la misma por quien la recibe, dejan desvirtuada la finalidad de guarda o custodia que corresponda a la intención de los contratantes. Lo que sucede es que, tratándose de cosas fungibles, especialmente de dinero, la obligación de custodiar y devolver queda sustituida por la obligación de mantener una solvencia que garantice la devolución de otro tanto equivalente a lo recibido. Hay que llegar a la conclusión, por todo ello, de que en el llamado depósito irregular subsiste la esencia del depósito y de que la figura responde a una necesidad real que no se identifica con el mutuo ni con ningún otro contrato” (24).

En esta línea, se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1941, de 7 de marzo de 1974 y de 4 de diciembre de 1975, considerando esta última que dentro de los distintos tipos de depósitos bancarios, la doctrina científica entiende que el depósito en cuenta corriente es aquel que comporta para el Banco la obligación de devolver la suma depositada a petición del depositante y en el momento mismo en que éste la exija. En estos casos se le autoriza al depositario, puesto que estamos ante un depósito de cosas fungibles, para disponer del objeto del depósito, asumiendo la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, dando lugar así a la figura del depósito irregular. Dicho depósito se caracteriza por el hecho de que el depositario adquiere, desde el momento de la constitución de aquel, la propiedad de las cosas depositadas, con lo que en este tipo de depósito en cuenta corriente la concesión de crédito no es del Banco hacia el cliente, como ocurre en la simple cuenta de crédito, sino del cliente hacia el banco, con lo cual el banco puede disponer del numerario depositado, obligándose a restituirlo cuando lo pida el depositante, produciéndose la circunstancia de que esa entidad bancaria es el exclusivo propietario de las cantidades depositadas por el cuenta-correntista.

En opinión de LACRUZ, lo que caracteriza al depósito es la obligación de custodiar unos bienes individualizados. A ello no se opone la condición fungible de tales bienes, puesto que no implica el cambio inmediato de propiedad de los mismos, siempre que conserven su identidad en manos del depositario. Tampoco es obstáculo que el depositario pueda disponer de ellos, puesto que mientras no disponga de ellos no les hace de su propiedad.

Una vez se disponga del dinero, el depósito se extinguiría, ya que el objeto del contrato ya no se custodia. Así, para GULLÓN, “la equiparación entre depósito irregular y mutuo no deja de ser un artificio que pugna con la verdadera voluntad de las partes. El depositante de dinero no piensa conceder un presta-

---

(24) LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil, II*. Volumen Segundo. José M.<sup>a</sup> Bosch Editor, Barcelona, 3.<sup>a</sup> edición, 1995, p. 269.

mo al depositario. Quiere, lo mismo que en el depósito regular, la custodia de la cosa y tener en todo momento la disponibilidad de la misma. Precisamente con el depósito irregular consigue mejor estos fines que en el regular, porque en éste está sujeto a la pérdida por caso fortuito, que soportará él y no el depositario, mientras que en el irregular éste es un deudor de género, que como tal nunca perece”.

LACRUZ concluye diciendo que esta figura no es ni mutuo ni depósito, puesto que no hay objeto concreto guardado ni, por consiguiente, obligación de custodia. En estos casos el *accipiens* no tiene nada concreto que conservar, tan solo su solvencia, y la solvencia no es materia del depósito. Como falta la cosa concreta que guardar, falta la obligación que caracteriza al depósito, por lo que nos encontramos ante un contrato distinto y *sui generis* <sup>(25)</sup>.

Sobre esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1983 <sup>(26)</sup> entiende que la posible calificación del ingreso de dinero en cuenta corriente bancaria como contrato de depósito plantea problemas, puesto que hoy día es considerado por la doctrina y la jurisprudencia como contrato autónomo e independiente.

Pero según las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1990 <sup>(27)</sup> y 10 de enero de 1991 <sup>(28)</sup>, cuando se efectúe el depósito de cosas fungibles sin autorización de uso para el depositario, estaríamos ante una figura de depósito propiamente tal, sin transmisión de la propiedad de las cosas al depositario. Como no hay autorización para usar la cosa depositada, no se convierte el contrato de depósito en préstamo o comodato. El permiso del depositante para usar la cosa depositada y, en consecuencia, para llegar a la conversión del primitivo depósito en préstamo o comodato, ha de quedar demostrado de una forma terminante y explícita, sin que pueda presumirse su existencia.

A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1972 establece que la facultad del depositario de servirse de la cosa depositada, por haber sido autorizado para ello, no le concede la propiedad sobre el objeto en cuestión ni merma el dominio del depositante.

PUIG BRUTAU diferencia el depósito irregular del préstamo, sobre la base de que el depósito irregular, como todo depósito, se establece en utilidad del

---

(25) LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil, II*. Volumen Segundo. José M.<sup>a</sup> Bosch Editor, Barcelona, 3.<sup>a</sup> edición, 1995, pp. 269 y 270.

(26) RJ 2198.

(27) RJ 1733.

(28) RJ 294.

depositante, mientras que el préstamo se constituye en interés del prestatario. ALBALADEJO comparte la misma opinión, y entiende que el depósito irregular es un contrato atípico, que se regirá por los principios generales del derecho, los cuales “no siempre se sacarán del contrato de depósito, sino del mutuo o de la figura que sea idónea”<sup>(29)</sup>.

Asimismo, FERRANDIS no es partidario de la transformación del contrato de depósito en préstamo, y entiende que como la finalidad del depositante es la custodia “es ineludible tenerla en cuenta y respetarla, por más que el Código Civil obligue a calificar el contrato en cuestión como contrato de préstamo”<sup>(30)</sup>.

Pero a pesar de las conexiones existentes entre el depósito y el préstamo, para BADOSA COLL hay una serie de diferencias evidentes: en el préstamo la legitimación del uso constituye la causa del contrato, mientras que en el depósito irregular es una determinación accesorio, anexa y opuesta al propio *ius possidendi* del depositario. Asimismo, en el préstamo la legitimación constituye un verdadero derecho de uso de la cosa oponible al prestamista, y sin embargo en el depósito irregular tan sólo es una autorización que no implica ningún derecho contra el depositante.

Cabe destacar que la exclusión del depósito irregular del tipo negocial de depósito ocurre también en el Código de Comercio, pero no con tanta rotundidad. Así, el artículo 1768 del Código Civil se centra en la legitimación (“permiso”) en beneficio del depositario, y en cambio “el artículo 309 del Código de comercio lo hace en el uso efectivo (‘dispusiere’) legítimo e independiente del beneficiario (‘ya para sí o sus negocios ya para operaciones que aquel le encomendare’)”<sup>(31)</sup>.

Sin embargo, OZCÁRIZ MARCO entiende (opinión que yo comparto), en contra de la opinión de otros autores, que el depósito irregular tiene cabida en el Derecho español: en Navarra, por lo dispuesto en la Ley 554 de la Compilación, y en el Código Civil, “por el juego de la autonomía de la voluntad del artículo 1255, cuando de tal voluntad no se deriva la licencia de uso del artículo 1768 sino la apropiación por el receptor del bien fungible con obligación de devolver otro tanto, siendo de aplicación en ambos supuestos no las normas del depósito

---

(29) ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil, II*. Volumen 2.º José M.ª Bosch Editor, Barcelona, 10.ª edición, 1997, p. 377.

(30) LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil, II*. Volumen Segundo. José M.ª Bosch Editor, Barcelona, 3.ª edición, 1995, p. 267.

(31) BADOSA COLL, F.: *Comentario del Código Civil*. Tomo II. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991, pp. 1661 y 1662.

(puesto que nada hay que guardar) sino, en lo posible, las normas del simple préstamo”<sup>(32)</sup>.

### III. NORMATIVA ANTERIOR A LA LEY GENERAL PRESUPUESTARIA DE 4 DE ENERO DE 1977

Como pone de manifiesto la Sentencia que comento en su Fundamento de Derecho Tercero, el Real Decreto-ley del Ministerio de Hacienda de 24 de enero de 1928 (cuyo antecedente es la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911 y cuya secuela es, a su vez, el artículo 29.2 de la Ley General Presupuestaria de 1977) establece en sus artículos 1.º y 3.º que *“se declaran bienes abandonados por su dueño y, como tales, pertenecientes al Estado, los valores o metálicos que se hallen constituidos en depósito, tanto voluntario como necesario, en Bancos, Banqueros, Sociedades de crédito y toda clase de entidades privadas ‘que no sean de carácter benéfico’, respecto de las cuales en el plazo de veinte años no se hubiera percibido el importe de todo o parte de los intereses devengados, ni practicado gestión alguna por los interesados —con igual régimen y consecuencias para los saldos de las cuentas corrientes— ...”*. Estos artículos han sido derogados expresamente por la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977.

En cambio, el Real Decreto-ley del Ministerio de Trabajo de 21 de noviembre de 1929, que aprobó el régimen jurídico del ahorro popular y creó un Estatuto especial para las Cajas de Ahorro popular, dispuso, en su artículo 54, que *“las Cajas Generales de Ahorro se ajustarán a las peculiares disposiciones de sus Estatutos o Reglamentos y acuerdos reglamentarios en orden a la caducidad de las libretas o cuentas de ahorro, para el caso de no haberse realizado en ellas, durante veinte años consecutivos, ninguna imposición ni reintegro alguno, ni anotación de intereses, a instancia del titular o de sus derecho habientes. El importe de las libretas o cuentas de ahorro que se declaren caducadas se aplicará, en su totalidad, a la realización de obras sociales, culturales y benéficas por las propias Cajas”*. Pero respecto a este Real Decreto-ley ni la Ley General Presupuestaria de 1977 ni su Texto refundido de 1988 dispusieron su derogación expresa.

Por lo tanto, debo plantearme la siguiente cuestión: ¿ha derogado tácitamente el artículo 29.2 de la Ley General Presupuestaria el artículo 54 del Real Decreto-ley de 1929 y en consecuencia los valores, depósitos y saldos de cuentas corrientes existentes en las Cajas de Ahorro e incursos en abandono no

---

(32) OZCÁRIZ MARCO, F.: *El contrato de depósito*. José M.ª Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 49 y 50.

pertenecen a las Cajas depositarias para realizar obras sociales, culturales y benéficas, sino que pertenecen al Estado?

La cuestión es polémica, pero estimo acertada la opinión del Tribunal Supremo en los Fundamentos de Derecho Segundo, Tercero y Cuarto de la Sentencia objeto de análisis en los que considera que debe entenderse que la inclusión de las Cajas de Ahorro en el artículo 29.2 de la Ley General Presupuestaria implica que debe entenderse derogado lo dispuesto en el artículo 54 del Real Decreto-ley de 21 de noviembre de 1929, puesto que aunque no está comprendida dicha última normativa en la “tabla de leyes que se derogan”, en la disposición derogatoria de la Ley General Presupuestaria se contiene una cláusula genérica que establece que “*quedan derogadas (además) cuantas ‘disposiciones’ se opongan a lo establecido en la presente ley*”.

A mayor abundamiento, el régimen previsto en el Real Decreto-ley de 21 de noviembre de 1929 se opone a lo previsto en el artículo 29.2 de la Ley General Presupuestaria, puesto que este último precepto establece un destino para los bienes y derechos incursos en abandono completa y sustancialmente incompatible con su regulación anterior.

Asimismo, en relación con esta Sentencia, en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha interpretado que el término “disposiciones” de la cláusula derogatoria no puede circunscribirse sólo a normas de rango inferior a la ley, puesto que una interpretación hasta ese punto restrictiva no sólo no tiene apoyo conceptual alguno sino que, además, es contraria al uso técnico de la terminología jurídica (que habitualmente utiliza los conceptos o expresiones de “disposiciones legales”, “disposiciones con rango de ley”, “disposiciones de rango reglamentario”, etc., todas ellas referidas a normas jurídicas de cualquier rango en el amplio marco del uso del término “disposiciones” —lo cual demuestra que tal concepto, en la cláusula derogatoria comentada anteriormente, hace referencia a todas las normas jurídicas que se opongan a la nueva Ley, cualquiera que sea su rango y que no se hayan recogido o reseñado en la tabla derogatoria expresa—<sup>(33)</sup>).

Bien es cierto que, a pesar de que se considere a la Ley General Presupuestaria como ley general y al Real Decreto-ley de 21 de noviembre de 1929 como ley especial, una ley general posterior puede derogar a otra anterior especial, puesto que el artículo 2.2 del Código Civil establece que “*las leyes se derogan por otras posteriores*”, sin hacer especial referencia a que deban ser leyes especiales.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que en el supuesto de la derogación tácita y al interpretar el alcance de la misma, ha de atenderse a la

---

<sup>(33)</sup> STS de 22 de julio de 1999 (RJ 6141). Fundamento de Derecho Tercero.

naturaleza general o especial de la regulación, puesto que si la regulación general no incide en absoluto en la especial, manteniendo fuera de su ámbito la realidad jurídica contemplada por la norma especial, el efecto derogatorio no se produce, al incidir en ámbitos materiales diversos. Pero este no es el supuesto de la presente Sentencia, porque en el marco del artículo 29.2 de la Ley General Presupuestaria entiende el Tribunal Supremo, y a mi juicio muy acertadamente, que se incluyen las Cajas de Ahorro, y, por ello, una norma con rango suficiente, y dada su incompatibilidad sustancial, sustrae del régimen especial anterior la regulación del destino de los bienes y derechos depositados en dichas entidades e incursos en abandono, sometiéndolos al régimen general.

#### IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CAJAS DE AHORRO

Se trata de abordar la cuestión de si es posible incluir a las Cajas de Ahorro dentro de la expresión “*en toda clase de Sociedades de crédito o Entidades financieras*”. La doctrina se encuentra dividida entre los que entienden que las Cajas de Ahorro son fundaciones, puesto que persiguen fines benéfico-sociales, y en relación con ellas, por tanto, tendrían la estructura organizativa clásica y el sistema de control propio de los entes institucionales<sup>(34)</sup>, y los que entienden que son empresas bancarias, puesto que realizan actualmente una actividad financiera totalmente equiparada con la Banca, y encajarían totalmente con el concepto de comerciante o empresario<sup>(35)</sup>.

Asimismo, cabe destacar la opinión (a mi entender acertada) de SÁNCHEZ CALERO, para el que las Cajas de ahorro se encajarían en las formas mixtas de fundación-empresa, puesto que el aspecto fundacional se observaría en la integración de fines sociales en la propia actividad financiera, y el dotacional, en la realización de obras benéfico-sociales en sentido tradicional con los beneficios obtenidos de aquella actividad<sup>(36)</sup>. No debe perderse de vista que el Tribunal

---

(34) Así, GARCÍA TREVIJANO, J.A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, 1971, p. 1234; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro. Aspectos jurídicos-administrativos*, Madrid, 1975, p. 375; NÚÑEZ LAGOS, F.: *Aspectos jurídicos del control administrativo de las entidades de crédito y ahorro*, Madrid, 1977, p. 39; SÁNCHEZ BLANCO, A.: “La intervención administrativa sobre las Cajas de Ahorros”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 160, 1981, p. 299; SORIANO GARCÍA, J.E.: “Cajas de Ahorros” en *Estudios de Derecho Público Bancario*, VV.AA., Madrid, 1989, pp. 404 y ss.

(35) Defendiendo esta postura, destaca GONZÁLEZ MORENO, J.M.: *Naturaleza y régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*, Madrid, 1983, pp. 344 y ss.

(36) *El régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*. VV.AA. Ed. Caja de Madrid, Madrid, 1991, pp. 121 y 122.

Supremo, en los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero de la Sentencia analizada, mantiene que las Cajas de Ahorro son unas fundaciones de carácter peculiar, en las que predomina su carácter de entidad de crédito, a pesar de su carácter benéfico-social, compartiendo por tanto, a mi modo de ver, la opinión de Sánchez Calero.

La cuestión ha sido tratada también por la jurisprudencia con anterioridad a esta Sentencia. El Tribunal Supremo ha mantenido en numerosas Sentencias<sup>(37)</sup> que las Cajas de ahorros son entidades privadas (y no públicas), y su “carácter social” significa, de un lado, su carácter colectivo y, de otro, su carácter de entidades dirigidas al cumplimiento de fines sociales; es decir, el carácter “social” de las Cajas no elimina la naturaleza “privada” de éstas<sup>(38)</sup>.

A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1999<sup>(39)</sup> señala, al igual que las Sentencias, también del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1997 y de 20 de abril de 1999 que las Cajas de Ahorro, a pesar de ser personas jurídicas o instituciones de naturaleza fundacional y de carácter benéfico-social, han ido asumiendo nuevas competencias financieras, y carecen en sus actividades financieras (cada vez más numerosas), de ánimo de lucro y de propósito alguno de reparto de beneficios o de excedentes económicos (puesto que son entes fundacionales sin ninguna base asociativa). Sin embargo, realizan actividades propias de las entidades de crédito, quedando, ya, muy lejos de aquellas Cajas de Ahorro que concedían préstamos a personas humildes, con la garantía prendaria de sus enseres —“*Montes pietatis*”— y que realizaban operaciones activas con la finalidad de fomentar el ahorro popular como un modo de previsión social. De ello se desprende que el Tribunal Supremo ha mantenido en la Sentencia que comento el criterio jurisprudencial adoptado con anterioridad.

También el Tribunal Constitucional ha tratado el problema de la naturaleza y significado de las Cajas de Ahorros en varias Sentencias. Así, en la Sentencia de 28 de enero de 1982<sup>(40)</sup>, después de afirmar que son “intermediarios financieros”, acepta de modo indirecto la naturaleza privada de las Cajas de Ahorro. Pero la claridad de esta Sentencia 1/1982 parece que se difumina un poco en la jurisprudencia constitucional posterior. A modo de ejemplo, en la Sentencia de

---

(37) Entre las que destacan las de 26 de octubre de 1982 (RJ 5810), 3 de marzo de 1987 (RJ 1449) y 2 de febrero de 1988 (RJ 1158).

(38) *El régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*. VV.AA. Ed. Caja de Madrid, Madrid, 1991, pp. 123 y ss.

(39) RJ 6141.

(40) RTC 1.

7 de febrero de 1984<sup>(41)</sup>, el Tribunal Constitucional no habla de “entidades privadas”, sino exclusivamente de entes de “carácter social”. Esta idea vuelve a reiterarse en la Sentencia del alto Tribunal 48/1988, que habla de la “naturaleza fundacional” y de la “actividad crediticia” de las Cajas, que son “entidades de crédito dentro del sistema financiero”, y de la “dimensión social de las Cajas”, que son “Entidades de crédito que han de cumplir una función social”, y que “el carácter social de la finalidad a que han de destinarse los excedentes líquidos constituye una de las características esenciales de las Cajas de Ahorros frente al resto de las instituciones financieras”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1999<sup>(42)</sup>, citando la del Tribunal Constitucional 49/1988, en su Fundamento de Derecho Segundo, establece que “sin negar que las Cajas tengan un cierto carácter fundacional o puedan calificarse dogmáticamente en fundaciones a los efectos de encajarlas en una de las figuras jurídicas reconocidas por nuestro derecho, lo cierto es que son, en todo caso, fundaciones de carácter muy peculiar en que domina su condición de entidades de crédito, que es lo que les da su fisonomía actual”, añadiendo que “las transformaciones sufridas por las Cajas no permite considerarlas hoy como fundaciones en el sentido que la doctrina generalmente admitida, y con ella el artículo 34 de la Constitución, da a ese concepto”.

Por tanto, el Tribunal Constitucional, a pesar de haber defendido que las Cajas de Ahorro son fundaciones (especialmente en la Sentencia 48/1988), en la 49/1988 niega que las Cajas de Ahorro se incluyan en el concepto de fundación amparado por el artículo 34 de la Constitución. Pero como es difícil explicar que, a la vez, sean y no sean fundaciones, parece que o bien debe considerarse que en nuestro ordenamiento jurídico hay fundaciones distintas de las únicas constitucionalmente establecidas en el artículo 34 de la Constitución “(solución dogmática muy poco admisible), o bien ocurre que la doctrina del Tribunal a lo que conduce es a negarles, simplemente, la cualidad de fundaciones a las Cajas de Ahorros (solución también ésta muy poco aceptable en términos de rigor jurídico)”<sup>(43)</sup>.

Pero a juicio de ARAGÓN REYES, GARCÍA VILLAVERDE y SANTA-MARÍA PASTOR, apoyando la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros sentada por el Tribunal Supremo en la Sentencia objeto de comentario, y siguiendo además el voto particular del Magistrado Sr. DÍEZ-PICAZO en la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1988, entienden que “la actividad cre-

<sup>(41)</sup> RTC 18.

<sup>(42)</sup> RJ 3369.

<sup>(43)</sup> *El régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*. VV.AA. Ed. Caja de Madrid, Madrid, 1991, pp. 129 y 130.

diticia y de depósito que realizan las Cajas de ahorro no tiene por qué ser incompatible con su naturaleza de fundaciones, como tampoco es incompatible con esa naturaleza (sino más bien propio de ella) la función social, o de cumplimiento de fines generales, que desempeñan”<sup>(44)</sup>. Continúan señalando los citados autores con muy buen criterio que no hay razones para excluir a las Cajas del concepto general de fundación amparado en el artículo 34 de la Constitución, pero siempre que se entienda que tal concepto de fundación es suficientemente elástico para albergar modalidades fundacionales diversas. Además, el propio Tribunal Constitucional, a pesar de excluirlas del artículo 34 de la Constitución, las considera como “fundaciones peculiares o atípicas”.

En cualquier caso, a pesar de esta jurisprudencia constitucional vacilante, debo sostener, al igual que el Tribunal Supremo lo hace en la resolución que comento, que las Cajas de Ahorros son fundaciones de carácter peculiar.

Asimismo, apoyando el criterio del Tribunal Supremo, aunque exista una especial intervención ordenadora y fiscalizadora del Estado sobre las Cajas de ahorros, por la actividad financiera que desempeñan, no se vulnera el artículo 34 ni el 22 de la Constitución (derecho de asociación), ya que los Bancos privados, que son sociedades anónimas, sufren la misma intervención.

Tampoco es obstáculo considerarlas fundaciones a pesar de que las Comunidades Autónomas que tienen atribuida competencia sobre las Cajas de Ahorros puedan ejercer tal competencia, puesto que poseen título suficiente para ello.

De otra parte, el que la LORCA (Ley 31/1985, de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros) realice una configuración especial de los órganos rectores de las Cajas, a pesar de la participación que se atribuye al interés público en la composición de esos órganos, no supone la desaparición de la autonomía empresarial de las Cajas ni la traslación de los poderes de gestión a manos públicas, por lo que no se vulnera el concepto de fundación. A juicio de ARAGÓN REYES, GARCÍA VILLAYERDE y SANTAMARÍA PASTOR, no se entiende por qué el Tribunal Constitucional no deja de llamar fundaciones a las Cajas, pero las excluye del ámbito del artículo 34 de la Constitución. Entienden que, por ello, debe tratarse de una confusión, y que las Cajas son unas fundaciones muy especiales: fundaciones-empresa, tal y como se desprende de la resolución del Tribunal Supremo que analizo. Asimismo, debe entenderse que las Cajas son instituciones financieras, ejerciendo una actividad empresarial de crédito y ahorro<sup>(45)</sup>.

---

(44) *El régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*. VV.AA. Ed. Caja de Madrid, Madrid, 1991, pp. 130 y 131.

(45) *El régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*. VV.AA. Ed. Caja de Madrid, Madrid, 1991, pp. 132 y 133.

Además, el Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia que comento, muy acertadamente hace referencia a la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, la cual, modulando la definición del artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, de Adaptación del derecho vigente en materia de Entidades de crédito al de las Comunidades Económicas Europeas, establece que de acuerdo con la Directiva 77/80, de 12 de diciembre, “*se entiende por ‘Entidad de crédito’ toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros y otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolas por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza. Se conceptúan, en particular, Entidades de crédito: a) El Instituto de Crédito Oficial y las Entidades Oficiales de Crédito; b) La Banca privada; c) Las Cajas de Ahorro, la Confederación Española de Cajas de Ahorro y la Postal de Ahorro...*”.

A mayor abundamiento, debo destacar que la actividad económica que realizan las Cajas se halla sujeta, y no exenta, al Impuesto Municipal sobre Actividades Económicas, y el excedente o beneficio económico que obtengan se halla también sometido al Impuesto sobre Sociedades, al tipo general, con la única particularidad de que, a efectos de fijar la base imponible, se considera partida deducible la cantidad que se destine a la realización de su obra benéfico-social.

Asimismo, reforzando lo sentado por el Tribunal Supremo en la Sentencia objeto de comentario, la condición de entidades de crédito de las Cajas de Ahorro viene reconocida por sus normas reguladoras, así el artículo 20 del Real Decreto 2290/1977, de 27 de agosto, autoriza a las Cajas de Ahorro a realizar las mismas operaciones que las autorizadas a la Banca privada.

Por lo expuesto, aplicando al artículo 29.2 de la Ley General Presupuestaria el criterio de interpretación gramatical, debe entenderse que la expresión “*toda clase de sociedades de crédito o Entidades financieras*” incluye en su contexto y en su sentido técnico jurídico a las Cajas de Ahorro, puesto que su carácter benéfico-social no les priva de su naturaleza crediticia y financiera, y por ello quedan subsumidas en el ámbito de aplicación de dicho precepto legal (sobre todo cuando en el mismo ha desaparecido la frase “excepcional” que se recogía en los artículos 1 y 3 del Real Decreto-ley de 24 de enero de 1928). Se entiende por tanto que las Cajas de Ahorro están comprendidas en la disposición del artículo 29.2 de la Ley General Presupuestaria de 1977 y tienen naturaleza crediticia y financiera.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

La solución a la que llega el Tribunal Supremo en la Sentencia comentada, la cual comparto plenamente, es considerar que los depósitos de dinero constituidos en Cajas de Ahorro y abandonados por inacción de sus titulares durante veinte años pertenecen al Estado por ministerio de la Ley.

Por lo que al régimen del depósito irregular se refiere, del presente comentario se desprende, analizadas las diversas opiniones de la doctrina y de la jurisprudencia, que unas veces se identifica con el mutuo, y en otros casos se incluye dentro del depósito común, o se estructura como un depósito irregular o *sui generis*, integrado por elementos del depósito y del préstamo.

En mi opinión, la cuenta corriente a la vista es depósito, y las imposiciones a medio y a largo plazo son préstamos, puesto que desaparece temporalmente la disponibilidad del depositante, y por ello, desaparecen también los elementos típicos del depósito, que es la restitución de la cosa cuando sea pedida, y sin embargo se acentúan los del préstamo, que es la recepción de una cosa fungible en propiedad para devolver después otro tanto (*tantundem*). Asimismo, entiendo que el Tribunal Supremo en la Sentencia objeto de análisis comparte este criterio, puesto que hace una distinción, al establecer que pertenecen al Estado no sólo los depósitos abandonados por su titular, sino también los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro y cuentas análogas (expresión en la cual cabría incluir las cuentas bancarias a plazo fijo). Con todo, pertenecerían al Estado tanto los depósitos a corto plazo como las imposiciones a medio y largo plazo, considerados implícitamente en la Sentencia como préstamos.

En definitiva, estimo, al igual que el Tribunal Supremo, que es adecuado incluir a las Cajas de Ahorro en lo dispuesto en el artículo 29.2 de la Ley General Presupuestaria, y entender por lo tanto, que son una Sociedad de crédito o Entidad financiera, a pesar de su carácter benéfico-social.

Finalmente, como pone de manifiesto el Tribunal Supremo muy acertadamente en la Sentencia comentada, debe considerarse que el artículo 29.2 de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 ha derogado el artículo 54 del Real Decreto-ley de 21 de noviembre de 1929, por los fundamentos aludidos en este comentario, debido a la incompatibilidad de ambas disposiciones, por la identidad de entidades, sujetos, situaciones, materias reguladas y la discrepancia más absoluta de ambos textos legales.

# **NULIDAD DE SUBASTA NOTARIAL PARA LA VENTA DE ACCIONES DE SOCIEDAD ANÓNIMA**

*[Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo,  
de 21 de noviembre de 2000]*

*Ponente: Sr. D. Pedro González Poveda*

CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO

*Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid*

## **I. ANTECEDENTES**

El día 29 de noviembre de 1990, la entidad de crédito Banco Español de Crédito (Banesto) suscribió póliza de crédito personal con intervención de Corredor de Comercio Colegiado a favor de Viajes Melia, S.A. por importe de 350 millones de pesetas y vencimiento final el día 29 de noviembre de 1991. Para garantizar esta y otras operaciones crediticias realizadas por Banesto a favor de la sociedad Viajes Melia, el 27 de febrero de 1991 la entidad de crédito suscribió con la Compañía Mobiliaria S.A. póliza de contrato mercantil de prenda, intervenida por Corredor de Comercio Colegiado, en cuya virtud, la Compañía Mobiliaria S.A. asumía la condición de garante de aquellas obligaciones.

Este derecho real de prenda recaía sobre acciones de la sociedad anónima Renta Inmobiliaria que eran propiedad de la fiadora y

se encontraban depositadas en el Banco acreedor, y esta garantía se extendió a los documentos de papel comercial que con posterioridad a la formalización de la póliza de contrato de prenda efectuó Banesto a Viajes Melia hasta un límite de 200 millones de pesetas.

El 10 de octubre de 1981, Banesto suscribió póliza personal intervenida por Corredor de Comercio Colegiado en favor de Compañía Inmobiliaria S.A. por importe de 500 millones de pesetas y vencimiento final el día 10 de abril de 1992 y como condición particular de dicha póliza, la sociedad constituyó una prenda sobre acciones de “Renta Inmobiliaria, S.A.” de las que el deudor era titular, y que se encontraban depositadas en la entidad de crédito.

Llegada la fecha de vencimiento de cada uno de los créditos, éstos no fueron atendidos por los respectivos deudores, por lo que

el 10 de julio de 1992 Banesto reclama a Viajes Melia como deudora y a Compañía Inmobiliaria como fiadora y propietaria de las acciones pignoradas el pago de las cantidades adeudadas por un importe total de 515.162.333 pesetas, y el día 13 de julio de 1992 la misma entidad de crédito reclama a “Compañía Inmobiliaria, S.A.” como deudora el pago de las cantidades debidas por un importe total de 563.009.020 pesetas, todo ello como actuaciones previas a las subastas públicas notariales de enajenación de las prendas de acciones constituidas como garantía del pago de los créditos, y con estos requerimientos de pago se pretendía dar cumplimiento al requisito de notificación del saldo deudor a los efectos previstos en el artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. En ambos requerimientos se concedió un plazo de dos días hábiles desde las notificaciones, efectuadas por el Notario el día 14 de julio de 1992, para que los requeridos de pago satisficieran las cantidades adeudadas.

El día 20 de julio de 1992 se publicó el Edicto de la subasta en el diario “Marca” de Madrid y el día 24 del mismo mes y año, a las nueve horas y ocho minutos se inicia el acto de la subasta de las acciones pignoradas por Compañía Mobiliaria en garantía de las obligaciones asumidas por “Viajes Melia, S.A.”, asistiendo los representantes legales de Viajes Melia, Compañía Mobiliaria y Banesto. Los representantes del deudor y del dueño de la prenda entregaron al Notario escritos en los que se oponían a la celebración de la subasta manifestando su intención de impugnarla. Se procede a la subasta siendo el representante de Banesto el único licitador, y se le adjudican las acciones como mejor postor por 850 pesetas por acción (en junto 555.208.500 pesetas). A las diez horas y seis minutos del mismo día se inicia el acto de subasta de las acciones pignoradas por Compañía Mobiliaria en garantía del cumplimiento de sus propias obligaciones, asistiendo los representantes legales de Compañía Mobiliaria y Banesto. El primero de ellos

entrega al Notario un escrito en el que se opone a la celebración de esta subasta manifestando su intención de impugnarla. Se procede a la subasta concurriendo como único licitador el representante legal de Banesto, al que se adjudican las acciones como mejor postor por 935 pesetas por acción (en junto, 591.771.780 pesetas).

El día 29 de julio de 1992, Banesto entrega al Notario las liquidaciones correspondientes a las deudas garantizadas, y así resulta que la deuda de Viajes Melia ascendía a la cantidad de 555.208.500 pesetas, comprendiendo capital e intereses, y la deuda de Compañía Mobiliaria frente a Banesto ascendía a la cantidad de 591.771.780 pesetas, comprendiendo capital e intereses.

El día 4 de septiembre de 1992 Banesto vendió a la entidad mercantil holandesa Beheer en Beleggingsmmatschappij Deepbridge B.V. las acciones que le fueron adjudicadas en las dos subastas al precio de 867,2090925 pesetas por acción (en junto, 1.146.980.285 pesetas).

“Compañía Mobiliaria, S.A.” interpuso demanda de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia Número 51 de los de Madrid sobre reclamación de nulidad de las subastas y adjudicaciones por fraude de ley o subsidiariamente en reclamación de cantidad contra Banesto, y siendo estimada, se condenó al Banco Español de Crédito S.A. por sentencia de 24 de mayo de 1995 a abonar al actor la cantidad de 506.283.470 pesetas, que se incrementaría en su interés legal desde el día 4 de septiembre de 1992.

Interpuesto el recurso de apelación por la parte demandada, fue tramitado por la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, y se dictó sentencia en fecha de 20 de enero de 1997 estimatoria del recurso por la que se revoca la sentencia anterior y se desestima en su integridad la demanda interpuesta por Compañía Mobiliaria S.A. contra la parte apelante.

Contra esta sentencia interpone recurso de casación Compañía Mobiliaria S.A. y es estimado por el Tribunal Supremo, que casa

y anula la sentencia dictada por la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de enero de 1997, revoca parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número 51 de

Madrid de 24 de mayo de 1995, y declara la nulidad de las subastas celebradas, además de condenar a Banesto a abonar a Compañía Mobiliaria las cantidades que se determinen en ejecución de sentencia.

## COMENTARIO

### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL DERECHO REAL DE PRENDA Y EL PACTO COMISORIO.
- III. LA SUBASTA NOTARIAL Y LA RELEVANCIA DE LA PUBLICIDAD.

#### I. INTRODUCCIÓN

En la sentencia objeto de este comentario se discute acerca de la validez o nulidad de dos subastas notariales de acciones dadas en prenda para garantizar el cumplimiento de obligaciones contraídas por Viajes Melia y Compañía Inmobiliaria frente a la entidad de crédito Banco Español de Crédito (Banesto) y ello porque el anuncio de las subastas no parece respetar unos requisitos mínimos de publicidad que aseguren el conocimiento de su celebración a los posibles licitadores que puedan concurrir a las mismas y formular posturas que eleven el precio de remate.

Estas posibles deficiencias vendrían dadas básicamente por dos circunstancias, como son el hecho de que el medio empleado para el anuncio de las subastas fue el diario “Marca” de Madrid, que no parece ser el instrumento más idóneo para la publicidad de subastas de acciones de una sociedad anónima dedicada a actividades financieras, por cuanto se trata de un diario deportivo, y que los plazos que median entre la publicación del anuncio y la fecha del acto de la subasta se presentan como claramente insuficientes, si tenemos en cuenta que la publicación se realiza el día 23 de julio de 1992 y las subastas se llevan a cabo el día 24 del mismo mes y año.

De entender que se produce una vulneración del principio fundamental de publicidad de las subastas, nos encontraríamos ante el incumplimiento de una

de las garantías que rodean el procedimiento de ejecución o realización de valor de la prenda, y se produciría un resultado no querido por el ordenamiento jurídico, que lesiona los intereses del deudor en beneficio del acreedor. Se atenta entonces contra los principios informadores del derecho real de prenda obteniendo un resultado que nuestro ordenamiento prohíbe, y que equivale en la práctica a un pacto comisorio porque, sin encontrarnos en presencia del mismo, se produce, mediante la vulneración de los requisitos de publicidad, los mismos efectos perjudiciales para el deudor que con la prohibición de dicho pacto se trata de evitar.

Se hace por tanto necesario analizar en primer lugar el derecho real de prenda y la prohibición del pacto comisorio para ponerlo después en relación con la subasta notarial, de escueta regulación en nuestro ordenamiento jurídico, y que puede permitir al acreedor la consecución de resultados similares a los conseguidos con el pacto comisorio si no se hace una aplicación analógica a este tipo de subastas de las normas reguladoras de otros procedimientos de ejecución, analogía que el Tribunal Supremo defiende en la sentencia comentada.

## **II. EL DERECHO REAL DE PRENDA Y EL PACTO COMISORIO**

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, se articula en nuestro ordenamiento jurídico una serie de instrumentos dentro de los cuales ocupan una posición de especial relevancia los derechos reales de garantía: hipoteca, prenda y anticresis.

En el caso que nos ocupa, se constituyeron dos derechos reales de prenda para garantizar la satisfacción de dos créditos personales mediante la entrega en ambos casos de acciones de la sociedad anónima Renta Inmobiliaria.

Lo que se persigue con la prenda es sustraer en cierto modo la cosa gravada del patrimonio del deudor, poniendo en posesión de la misma al acreedor o a un tercero (artículo 1863 del C.c.), aunque el deudor sigue siendo dueño de ella (artículo 1869 del C.c.), para responder con la cosa especialmente de la obligación insatisfecha, y se confiere a tal fin una serie de facultades al titular de la garantía, tales como el derecho a retener la cosa en tanto no se cumpla la obligación principal garantizada (artículo 1866 del C.c.), instar la realización de la prenda si llegada la fecha de vencimiento de la obligación ésta no se cumple (artículo 1858 del C.c.) y el derecho de preferencia frente a los demás acreedores de su deudor para satisfacer el crédito con cargo al producto obtenido para la realización de la cosa (artículo 1922.2.º del C.c.). Pero en ningún caso se faculta al titular de la garantía para apropiarse de la cosa gravada o disponer de ella

(artículo 1859 del C.c.), dado que esto no es necesario para cumplir con la finalidad perseguida por la prenda, que se puede alcanzar perfectamente con las facultades anteriormente mencionadas.

Estas facultades representan además la solución menos gravosa para el deudor respetando las legítimas pretensiones del acreedor<sup>(1)</sup>, por cuanto la realización de valor de la cosa llevada a cabo con las debidas garantías permite obtener el mejor precio por ella con el que se satisfará el crédito del acreedor entregando el remanente si lo hay al deudor. Se respetan de este modo los legítimos intereses de ambas partes, sobre todo si tenemos en cuenta que la cosa dada en prenda tendrá un valor, con carácter general, muy superior al del crédito que garantiza.

Si se permitiera al acreedor apropiarse de la cosa o disponer de ella, nos encontraríamos con que el deudor sufriría una pérdida patrimonial, al verse privado de la propiedad de una cosa de valor superior al de la obligación contraída mientras que el patrimonio del acreedor experimentaría un enriquecimiento al entrar a formar parte del mismo un bien, en caso de apropiación, o su equivalente económico, en caso de disposición, cuyo valor es superior al del crédito que tenía frente al deudor.

La posibilidad de pactar acreedor y deudor que, incumplida la obligación asegurada, la cosa dada en garantía pase automáticamente a la propiedad del acreedor se prohíbe expresamente en el Código civil en la regulación relativa a la anticresis, concretamente en el artículo 1884, pero nada dice el citado cuerpo legal sobre esta prohibición en relación a la prenda y la hipoteca. No obstante, es unánime la doctrina y la jurisprudencia al afirmar que ha de entenderse también aplicable en estos dos últimos supuestos, y ello por considerar que el artículo 1859 del C.c. engloba tal proscripción y por concebir que ese pacto sería contrario a la moral, y por tanto prohibido por el artículo 1255 del C.c.<sup>(2)</sup>

Lo cierto es que el pacto comisorio no provoca necesariamente y en todo caso un perjuicio injustificado para los intereses del deudor, sin embargo admitir su validez dejaría una puerta abierta a situaciones en que el acreedor pudiera aprovecharse de las circunstancias extremadamente adversas que padece el deudor imponiéndole un pacto comisorio que le permitiera al primero apropiar-

---

(1) GUILARTE ZAPATERO, V.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Dir.: M. Albaladejo, Tomo XXIII. Edersa. Madrid, 1979. p. 367.

(2) GUILARTE ZAPATERO, V.: *op. cit.* p. 369. ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*. III. *Derecho de bienes*. Volumen segundo. José María Bosch Editor. Barcelona, 1994. p. 244. Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*. Volumen III. Quinta edición. Ed Tecnos. Madrid, 1995. p. 499.

se de cosas de valor económico muy superior al de la obligación garantizada sin que la diferencia de valor entre una y otra le fuera restituida al deudor.

Hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones el deudor accede ante este tipo de pactos siendo la cosa gravada de un valor mucho más elevado que el de la obligación garantizada debido a la necesidad que tiene aquél de contraer dicha obligación o a la confianza de poder pagar a tiempo; y si después incumple pierde la totalidad de la cosa, mientras que de enajenarse ésta en pública subasta recibiría el remanente de lo obtenido con la ejecución una vez satisfecha la obligación.

Admitir la validez de tales pactos con carácter general conllevaría, por tanto, una serie de riesgos en ningún modo deseables. Pero consciente de que no siempre se producen estos abusos, la jurisprudencia ha reconocido en ocasiones la validez de estos pactos, incluso desde poco después de la entrada en vigor del Código civil. Tal es el caso de la Sentencia de 1 de marzo de 1895, donde se admite como válido el pacto en virtud del cual el deudor se compromete a vender la finca al acreedor por el valor de la obligación vencida y no satisfecha; la Resolución de 12 de julio de 1901, por la que se reconoce validez al pacto en virtud del cual se establece que de no concurrir ningún postor a la enajenación forzosa de la cosa gravada, el acreedor hipotecario podrá apropiarse de la misma; la Sentencia de 21 de octubre de 1902, que niega que implique pacto comisorio el acuerdo en virtud del cual se faculta al acreedor hipotecario a vender la cosa gravada en subasta pública extrajudicial; y también la Sentencia de 27 de marzo de 1926, donde se estima válido el pacto por el que el acreedor haría suyas unas acciones en caso de incumplimiento del deudor de su obligación de devolver el préstamo concedido llegada la fecha de vencimiento, y ello porque se había fijado en escritura el tipo de cotización de las acciones, de modo que se cumple así el requisito esencial del señalamiento del precio que para la promesa de venta exige el artículo 1451 del C.c. junto con los de consentimiento, objeto y causa, necesarios en todo contrato.

Existen también sentencias más recientes en este mismo sentido, como la de 11 de octubre de 1995, en cuyo Fundamento de Derecho segundo afirma que “el pacto comisorio expreso o *lex comisorio* (...) se admite por la jurisprudencia”. En la Sentencia de 19 de abril de 1997, donde una sociedad formaliza con una entidad de crédito póliza de afianzamiento mercantil intervenida por Corredor de Comercio Colegiado afectando el saldo de una cuenta a plazos abierta en dicha entidad para garantizar la deuda que aquella sociedad tuviese con la entidad de crédito por los pagos que ésta realice, se estima que el dinero entregado se confunde en el patrimonio de la entidad por lo que la pignoración en realidad lo es del crédito a la restitución, operando una compensación que “no repugna a la prohibición del pacto comisorio (arts. 1858 y 1859 del C.c.), prohibición histórica que se ha mantenido viva en las legislaciones desde el Derecho romano para evitar que los deudores que necesiten acudir al crédito pacten condicio-

nes leoninas con sus acreedores, que de otra manera podrían quedarse para pago de las deudas garantizadas con objetos de más valor de lo debido. En la prenda de imposiciones a plazo por definición está ausente cualquier clase de perjuicio al deudor y a terceros, porque el Banco que goza de la pignoración no va a obtener ni más ni menos de lo que aquella imposición represente, límite de su derecho pignoraticio”. Y en Sentencia de 13 de noviembre de 1999 se trata de un supuesto en que una sociedad deposita en una entidad de crédito una Imposición a Plazo Fijo y se constituye una prenda sobre la misma a favor de la entidad para garantizar el pago en caso de que ésta, como avalista de la sociedad, tenga que cumplir ciertas obligaciones que posteriormente tuvo que realizar, por lo que compensó a continuación la totalidad de la Imposición a Plazo Fijo con el crédito que nació a favor de la entidad de crédito-avalista frente a la sociedad. En el Fundamento de Derecho segundo, el Tribunal Supremo sostiene que la prenda de Imposición a Plazo Fijo es una prenda irregular y niega la vulneración del artículo 1859 del C.c.

A la inversa, también ha ampliado la jurisprudencia en otros supuestos la prohibición a pactos que, sin ser propiamente el comisorio, provocan la misma consecuencia injusta que mediante la proscripción de estos pactos se trata de evitar. Son muy numerosos los ejemplos en este sentido, y entre los casos más recientes cabe señalar la Sentencia de 16 de mayo de 2000, en la que se celebra un contrato de compraventa y un contrato de arrendamiento financiero entre las mismas personas y sobre el mismo objeto, y se considera que nos hallamos ante una compraventa en garantía, prohibida por el ordenamiento jurídico y que no tiene como finalidad la transmisión del dominio, que se lleva a cabo por el posterior arrendamiento financiero, sino servir de garantía durante el tiempo que dure la financiación, de modo que se encubre un pacto comisorio. En la Sentencia de 15 de junio de 1999 se aprecia la existencia de una compraventa sin *animo vendendi*, celebrada con la finalidad de garantizar la devolución de las cantidades adeudadas, con la posibilidad de los vendedores de recuperar la titularidad de las fincas transmitidas mediante el ejercicio de un retracto convencional. Es un negocio jurídico simulado que encubre un pacto comisorio, prohibido por el ordenamiento jurídico, y que al adolecer de una causa ilícita ha de reputarse como nulo. La Sentencia de 30 de septiembre de 1998 trata sobre un supuesto en que se concede al acreedor una opción de compra gratuita para la adquisición de determinadas fincas propiedad de los deudores, que podrá ejercitar una vez se haya declarado vencida la obligación conforme a las condiciones pactadas. En caso de ejercicio de la opción de compra, se deducirán del precio las cantidades debidas, abonando sólo a los propietarios la diferencia entre el precio del inmueble y dichas cantidades. El Tribunal Supremo entiende aquí que se vulnera la prohibición del pacto comisorio. La Sentencia de 18 de febrero de 1997 trata acerca de la constitución en escritura pública de una hipoteca en garantía de la devolución de un préstamo al tiempo que las

partes celebran un contrato privado por el que se vende el edificio hipotecado al acreedor, que recibe la posesión material del mismo y se establecen las formas de determinación del precio. Se acuerda que en todo caso el comprador recuperará las cantidades prestadas al vendedor y garantizadas con la hipoteca, que ahora se dicen dadas “en concepto de anticipo o adelantamiento del precio total de esta compraventa”. Se aprecia la existencia de un pacto comisorio, ya que el acreedor persigue apropiarse de la cosa dada en garantía en satisfacción de su crédito, por lo que se decreta la nulidad del contrato de compraventa.

Se estima que cuando medios objetivos y seguros permiten valorar la cosa gravada en el momento del incumplimiento de la obligación, no hay motivo para rechazar el pacto entre acreedor y deudor por el que el primero haga suya la cosa por lo que realmente vale, si el deudor incumple, abonando la eventual diferencia cuando el valor de la cosa excede del de la obligación<sup>(3)</sup>. Pero también hay quien destaca, en orden a admitir o no la validez de estos pactos, la relevancia del momento en que se establezca el pacto comisorio: si éste se conviene por las partes en el momento en que se constituye la garantía, pero uno y otra son posteriores al nacimiento de la obligación que se pretende asegurar, no concurren ya las circunstancias de las que se deriva el riesgo de perjuicio para el deudor, por lo que debe admitirse en tales casos la validez del pacto; y lo mismo ha de entenderse si el pacto comisorio se acuerda una vez que haya nacido la obligación y se haya constituido la garantía<sup>(4)</sup>. Cabría oponerse a esta posición en base al riesgo de simulación, puesto que puede constar documentalmente que el pacto fue posterior cuando en realidad fue coetáneo al nacimiento de la obligación, y por tanto, en circunstancias en las que está presente un riesgo de perjuicio para el deudor que, movido por su situación de necesidad, acepte condiciones para él desfavorables. No obstante, parece más razonable entender que el mero riesgo de simulación no basta para negar la validez, con carácter general, de este tipo de pactos; lo coherente sería estimar que, siendo en principio válidos, si se acredita que en el caso concreto se ha producido una simulación el pacto habrá de reputarse nulo<sup>(5)</sup>.

Con carácter general, para decidir acerca de la validez o invalidez de un pacto entre acreedor y deudor al constituir la garantía, se atenderá a si como consecuencia del mismo se otorga o no al acreedor la posibilidad de apropiarse de la cosa automáticamente, una vez vencida la obligación, o permitir que se

---

(3) ALBALADEJO, M.: *op. cit.* p. 246.

(4) ALBALADEJO, M.: *op. cit.* p. 246.

(5) GUILARTE ZAPATERO, V.: *op. cit.* p. 371.

lleve a cabo una justa valoración de aquella a fin de evitar un perjuicio al deudor en beneficio del acreedor<sup>(6)</sup>.

### III. LA SUBASTA NOTARIAL Y LA RELEVANCIA DE LA PUBLICIDAD

Se hace patente, en virtud de lo anteriormente expuesto, la necesidad de acudir a la subasta pública para proceder a la enajenación de la cosa gravada como vía que permite proteger los intereses contrapuestos de acreedor y deudor ante el incumplimiento de la obligación por este último.

Llegado este punto, el acreedor puede optar por acudir al procedimiento judicial o al procedimiento extrajudicial que regula el artículo 1872 del C.c.: la subasta notarial. En relación con esta última, por ser el caso que nos ocupa, será requisito ineludible observar todas las formalidades que se contienen en el citado precepto en garantía del pignorante y del deudor, y que persiguen la obtención de un precio justo<sup>(7)</sup>.

El legitimado para instar el procedimiento será el acreedor al que no se haya satisfecho su crédito, pero no está obligado a instar dicho procedimiento ni a realizar ningún tipo de conminación previa a la iniciación del mismo.

El artículo 1872 del C.c. exige además que la venta sea realizada en subasta pública, y no se prohíbe que en ella participe el propio acreedor, al que se adjudicará la cosa si resulta ser el mejor de los postores. En ese caso, se cobrará su crédito del importe, así como los intereses si se pactaron y los gastos de conservación a que se refiere el artículo 1867 del C.c., y una vez deducidas estas cantidades del precio de remate, el remanente, si lo hay, se entregará al constituyente de la prenda, mientras que si el precio por el que se adjudica la cosa en la subasta resulta ser inferior al de las cantidades adeudadas, subsistirá el crédito en la parte no cubierta por aquél.

Se requiere además, en este tipo de subastas, la intervención de Notario así como la citación al deudor y en su caso al constituyente de la prenda, si son dos personas distintas, a fin de que tengan conocimiento de que ha sido instada la venta de la cosa y puedan actuar del modo que estimen más conveniente para la defensa de sus intereses, pero sin que estas citaciones hayan de interpretarse como conminación al pago.

(6) GUILARTE ZAPATERO, V.: *op. cit.*, p. 370.

(7) PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho civil español*. Tomo II. Ed. Pirámide, Madrid, 1976, p. 646.

Si a la subasta realizada con el cumplimiento de estas formalidades no concurren licitadores o si queda desierta, es posible realizar una segunda subasta en la que deberán observarse idénticas formalidades, y de obtenerse en ésta igual resultado que en la anterior, el artículo 1872 del C.c. faculta al acreedor para adjudicarse la prenda y hacerse dueño de la misma, con la obligación de dar carta de pago al deudor por la totalidad de su crédito. Es decir, el Código en este caso permite por vía indirecta una especie de pacto comisorio<sup>(8)</sup>.

En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se regula otro supuesto en el que se permite por vía indirecta que el acreedor haga suyas las cosas dadas en prenda. El artículo 694 de la citada ley se remite, para la realización de los bienes pignoralados, a la regulación establecida para el procedimiento de apremio, y en éste, en el artículo 650.4 se establece que, cuando la mejor postura ofrecida en la subasta sea inferior al 50 por 100 del avalúo y el ejecutado no presente en plazo de diez días un tercero que ofrezca una cantidad superior a dicho porcentaje o que siendo inferior permita la completa satisfacción del derecho del ejecutante, este último podrá pedir en plazo de cinco días la adjudicación de los bienes por la mitad de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esa cantidad sea superior a la mejor postura.

Con esta previsión legal se trata de evitar una venta a bajo precio, que resulta perjudicial para el patrimonio del deudor y para la adecuada Administración de Justicia<sup>(9)</sup>. Dado que el principal objetivo de la ejecución es la satisfacción del derecho del ejecutante, se justifica que éste pueda cobrarse total o parcialmente lo que se le adeuda con el bien cuando la mejor de las posturas no alcance unos mínimos que eviten que se malbarate dicho bien, ya que esto perjudica no sólo al deudor, que ve salir de su patrimonio un bien sin que el crédito que existe contra él disminuya proporcionalmente al valor del mismo, sino también al acreedor, por cuanto al no haberse obtenido un precio de remate suficiente, deberá dirigirse contra otros bienes del deudor si desea la total satisfacción de su crédito. También se permite, en el artículo 651 de la nueva ley, que si no hubiera ningún postor, el acreedor pueda pedir la adjudicación de los bienes por el 30 por 100 del valor de tasación o por la cantidad que se le deba

---

(8) SERRANO ALONSO, E.: *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia. Tomo II. Madrid, 1993, p. 1.891.

(9) FRANCO ARIAS, J.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo III. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2000, p. 3.302.

por todos los conceptos, y si no hace uso de esa facultad en veinte días se alzaré el embargo a instancia del ejecutante<sup>(10)</sup>.

Volviendo al tema que nos ocupa, cual es la subasta notarial, no cabe duda de que la regulación que el artículo 1872 del C.c. hace es claramente insuficiente, al omitirse toda referencia a aspectos tan importantes de estos procedimientos de enajenación como el hecho de si se requiere o no una previa valoración de la cosa que se subasta, si los licitadores han de consignar alguna cantidad, así como la forma de anuncio de la subasta.

Respecto de estas omisiones, entienden la doctrina<sup>(11)</sup> y la sentencia que aquí se comenta que han de ser suplidas mediante la aplicación analógica de las *normas que regulan la celebración de subastas públicas en procesos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales* (Fundamento de Derecho tercero de la Sentencia de 21 de noviembre de 2000). Y de este modo, en relación con el anuncio de la subasta en medios de difusión, deberá realizarse con suficiente antelación para asegurar su conocimiento al mayor número posible de licitadores que concurran a la subasta y pujen, obteniendo así un elevado precio de remate para la mejor defensa de los intereses del deudor. Ha de tenerse en cuenta que la adecuada difusión de la subasta dependerá del medio utilizado para publicar los anuncios y del período de tiempo que transcurre entre la publicación del anuncio y la celebración de la subasta, que variará en función de la naturaleza mueble o inmueble de los bienes que se van a subastar y, en el primer caso, de su importancia económica.

La sentencia objeto de este comentario defiende en su Fundamento de Derecho tercero este razonamiento, y cita una serie de normas cuya aplicación analógica a la subasta notarial, habida cuenta de la parca regulación que sobre la misma se contiene en el Código, considera adecuada. En lo relativo a los medios de difusión del anuncio de la subasta y los plazos que han de mediar entre la publicación de dicho anuncio y el acto de celebración de la subasta, cabe señalar lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, donde se establece para la primera de estas garantías un plazo de diez días, por lo menos, entre la fecha del anuncio y la de la celebración de la subasta, y fija como medio de difusión el tablón de anuncios del Ayuntamiento en que radiquen los bienes y sucintamente

---

(10) También se prevén estas dos posibilidades de adjudicación de los bienes al acreedor en la subasta de inmuebles en las mismas condiciones, con la diferencia de que basta que la mejor postura no alcance el 70 por 100 del valor por el que el bien salió a subasta y la adjudicación será por el 70 por 100 de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos; y cuando no haya ningún postor, la adjudicación será por el 50 por 100 del valor de tasación o la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

(11) SERRANO ALONSO, E.: *op. cit.*, p. 1.891.

se recogerá el anuncio también en uno de los periódicos diarios de mayor circulación de la localidad o en su defecto de la capital de la provincia en que tenga lugar el juicio, y cuando el valor de los bienes exceda de 250.000 pesetas, se anunciará también sucintamente en el Boletín Oficial del Estado.

También hay que tener en cuenta la regulación contenida en el R.D. 290/1992, de 27 de marzo, que establece el procedimiento extrajudicial ejecutivo que se sustancia por los trámites previstos en los artículos 236 y siguientes del Reglamento Hipotecario, donde se consagra un plazo de al menos veinte días entre la fecha de anuncio y la de la celebración de la subasta, y los anuncios se fijarán en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y del Registro de la Propiedad y se insertarán en el Boletín Oficial de la provincia o de la Comunidad Autónoma donde se practique la ejecución y en el de aquella o aquellas en que radiquen las fincas si el tipo de la subasta excede de 5.000.000 pesetas, mientras que si excede de 12.000.000 pesetas se publicarán además en el Boletín Oficial del Estado, admitiéndose que, a petición y a costa del interesado que lo solicite, pueda publicarse en cualquier otro medio.

Por su parte, en el procedimiento judicial sumario que se regula en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, se concede un plazo de al menos veinte días entre la fecha del anuncio y de la celebración de la subasta, y se fijarán edictos en los sitios públicos de costumbre: se insertarán, a elección de quien solicite la subasta, en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o de la provincia en que se siga el procedimiento y de aquella en que radiquen la finca o las fincas cuando su valor exceda de 250.000 pesetas sin que supere los 5.000.000 de pesetas; cuando su valor rebase dicha cantidad, se publicará además en el Boletín Oficial del Estado. Se admite la publicación en cualquier otro medio de difusión a petición y a costa de la parte que lo solicite.

En el procedimiento de apremio regulado en los artículos 1482 a 1518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se fija un plazo de ocho días entre la publicación de los edictos y la celebración de la subasta cuando el valor del bien no exceda de 200.000 pesetas, y de veinte días si supera esta cifra. El medio de difusión que se empleará para dar publicidad a la subasta será el Boletín Oficial de la provincia o uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia cuando el valor del justiprecio exceda de 200.000 pesetas sin rebasar los 5.000.000 de pesetas y, superando esta última cantidad, se publicará además en el Boletín Oficial del Estado o en uno de los periódicos de mayor difusión nacional.

Aunque la Sentencia que aquí se comenta no lo menciona, por ser anterior a su entrada en vigor, hay que señalar que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil también contiene una regulación relativa a la publicidad de las subastas, y así, en lo referente a los bienes muebles, el artículo 645 señala que se realizará en la sede del tribunal y lugares públicos de costumbre, lo cual parece

reiterativo porque se entiende que ambas expresiones se refieren al tablón de anuncios del tribunal <sup>(12)</sup>. También se permite que a instancia del ejecutado o ejecutante se anuncie la subasta en los medios públicos o privados que resulte razonable.

La nueva regulación prescinde de la publicación en periódicos oficiales, que ofrecía una dudosa utilidad en relación al hecho de que la subasta llegara a conocimiento de los ciudadanos, pero a favor de la misma se señala la seguridad que ofrece como punto de referencia para conocer todas las subastas que se llevan a cabo, permitiendo un control exhaustivo de las mismas. Con esta omisión de la ley, además, se suscita un problema de coordinación con el artículo 236 de la LOPJ, del que se deriva el carácter obligatorio y preferente de la publicación en periódicos oficiales frente a cualquier otro medio, y cuya derogación se planteó con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil aunque finalmente no prosperó. En consecuencia, surgen dudas en la actualidad acerca de la necesidad de la publicación del edicto de la subasta en periódicos oficiales <sup>(13)</sup>.

Este precepto regirá también para la ejecución de bienes pignorados siempre que no se trate de los contenidos en la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo IV del título IV del Libro III de la nueva ley procesal.

Respecto de la subasta de bienes inmuebles y bienes muebles sujetos a un régimen de publicidad registral similar al de aquellos, de acuerdo con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil el anuncio se realizará en el mismo lugar que se establece para el caso de los bienes muebles, ya que en virtud del artículo 655 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha de regir lo preceptuado para estos últimos cuando no se contenga una norma específica para la subasta de inmuebles, y en cuanto al plazo que ha de mediar entre el anuncio de la subasta y su celebración, el artículo 667 de la misma ley señala que será al menos de veinte días.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil no fija para los demás bienes el plazo que como mínimo ha de transcurrir entre el anuncio y la subasta, lo cual constituye una deficiencia frente a la regulación anterior, y se señala la necesidad de establecer el período de tiempo que debe respetarse al menos desde el anuncio hasta la subasta si se desea que dicho anuncio tenga alguna utilidad, por lo que algún autor defiende la aplicación analógica del plazo contenido en el artículo 667 para los bienes que en principio no entran en el ámbito de aplicación del precepto <sup>(14)</sup>.

<sup>(12)</sup> FRANCO ARIAS, J.: *op. cit.* p. 3.288.

<sup>(13)</sup> FRANCO ARIAS, J.: *op. cit.* p. 3.288.

<sup>(14)</sup> FRANCO ARIAS, J.: *op. cit.* p. 3.338.

Respecto de los bienes hipotecados, el artículo 691.2 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil fija también un plazo de 20 días al menos entre el anuncio de la subasta y su celebración, pero no se refiere a los medios de difusión que han de emplearse para llevar a cabo la publicidad del anuncio de la subasta. No obstante, el artículo 691.4 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se remite, en lo no regulado expresamente para la subasta de bienes hipotecados, ya sean muebles o inmuebles, a lo establecido para la subasta de bienes inmuebles, que a su vez se remite en el artículo 655 a la subasta de bienes muebles en lo no contenido en su regulación, rigiendo por tanto lo previsto en el artículo 645 respecto de los medios utilizados para el anuncio de la subasta.

En consecuencia, se concluye que a través de una serie de remisiones, en todos los supuestos de subastas contenidos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil los medios de difusión que se utilizarán serán en todo caso los contenidos en el artículo 645 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, y de acuerdo con la aplicación analógica del artículo 667 deberá mediar en todo caso un plazo de 20 días entre la publicación del anuncio y la celebración de la subasta.

En relación a los supuestos cuya aplicación analógica defiende la Sentencia de 21 de noviembre de 2000, se observa que en el peor de los casos, el plazo entre la publicación y el acto de celebración de la subasta es de ocho días y el medio de difusión empleado es siempre de carácter público, generalmente un periódico oficial, salvo en la hipoteca mobiliaria, donde la publicidad se realiza a través del tablón de anuncios del Ayuntamiento; y sólo cuando el valor de los bienes no es elevado, o, si lo es, con carácter complementario respecto de los medios de publicidad que revisten carácter público, se admite que el anuncio se inserte en uno de los periódicos diarios de mayor difusión.

También se concluye a partir de estas normas que cuanto más elevado es el valor de los bienes a subastar, la publicidad se reviste de mayores garantías, siendo más amplios los plazos entre el anuncio y la celebración de la subasta y empleando unos medios de publicidad que ofrecen una mayor difusión del anuncio. De este modo, en base a lo establecido en estas normas, habrá que concluir que los plazos de publicidad y los medios de difusión empleados en el supuesto sobre el que se pronuncia la sentencia aquí comentada son a todas luces insuficientes, máxime si tenemos en cuenta que las acciones subastadas fueron valoradas en 551.760.000 pesetas el primero de los lotes y 537.974.350 pesetas el segundo, cantidades que superan con creces la mayor de las cifras contenidas en los preceptos anteriormente señalados.

La importancia de la publicidad de las subastas ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia en diversas ocasiones, y así, en el Fundamento de Derecho segundo de la Sentencia de 24 de septiembre de 1996 se manifiesta que “el anuncio oficial publicado en forma cumple finalidades respecto a los terceros que no pueden ser obviados con un conocimiento privado. La publicidad de la

subasta en la forma legalmente ordenada constituye un requisito de forma esencial que debe observarse en sus exactos términos, de manera que aunque deba tenerse en cuenta la finalidad de la norma, a los efectos de la indefensión, sin duda que ésta se produce cuando aquellas reglas de publicidad no se observan, pues la mejor defensa del interesado radica en la garantía ínsita en la forma”. Y en Sentencia de 6 de marzo de 1989, el Tribunal Supremo sostiene en el Fundamento de Derecho primero que “siendo la publicidad un requisito indispensable en las enajenaciones por medio de subasta, a fin de que a la licitación pueda acudir el mayor número de postores y queden garantizados los derechos de éstos a concurrir, es de todo punto indudable que este punto no se cumplió...”.

En el caso que nos ocupa, y como la propia sentencia reconoce, la publicación del anuncio de la subasta en el diario Marca de Madrid no resulta adecuada porque, pese a tener difusión nacional, se centra exclusivamente en temas deportivos, por lo que no se presenta como el medio idóneo para el anuncio y difusión de unas subastas de acciones de una sociedad anónima dedicada a actividades financieras. Y por lo que se refiere a los plazos de publicidad, en este caso se reducen de un modo excesivo, mediando en el mejor de los casos veinticinco horas entre la publicación del anuncio y el acto de celebración de la subasta, por lo que resulta evidente que no se han respetado unos plazos mínimos que permitan garantizar la concurrencia de postores interesados en la subasta que, mediante sus pujas, propicien la obtención de un precio de remate lo más elevado posible.

Por otra parte, en la segunda de las garantías que se constituyeron sobre acciones de la sociedad mercantil Renta Inmobiliaria S.A. se estableció una condición particular por la que se preveía que “la acreditada faculta expresamente al Banco sin limitación para que llegado el vencimiento de la operación y en cualquier momento posterior, venda los valores en garantía, sin previo aviso a la misma ni otro requisito que el de la intervención de Agente Colegiado, aplicando su importe al pago de los gastos que origine esta operación y a la cancelación hasta donde alcance el saldo deudor de la cuenta”. De acuerdo con esto, parece que habría que admitir en principio la validez de la subasta notarial llevada a cabo para la realización de valor de las acciones dadas en prenda en este segundo supuesto porque se realiza conforme a lo preceptuado en el artículo 1872 del C.c. y en lo que en esta norma no se regula, según lo convenido por las partes <sup>(15)</sup>. Sin embargo, los pactos convenidos por los interesados fijan unos trámites y requisitos que no siempre proporcionan las seguridades necesarias al deudor, vulnerando sus intereses y pudiendo entrar en relación con el pacto

---

(15) GUILARTE ZAPATERO, V.: *op. cit.* p. 458.

comisorio, frente a lo que sucede en los procedimientos legalmente establecidos, donde el legislador otorga las suficientes garantías que aseguran el respeto a los intereses de ambas partes <sup>(16)</sup>.

Por ello es necesario analizar la validez de estos pactos, y como se ha señalado anteriormente, así ha hecho la jurisprudencia en numerosas ocasiones, negando su validez cuando a través de ellos se produce la misma consecuencia injusta que conlleva el pacto comisorio, y que se logra otorgando al acreedor de un modo directo o indirecto la posibilidad de hacer suya la cosa dada en garantía sin dar a la misma una justa valoración. En este caso, el Tribunal Supremo no se pronuncia sobre la validez o nulidad de este pacto, pero la solución es incluso más clara que en otros supuestos por cuanto este pacto no sólo concede unas facultades desmesuradas al acreedor en perjuicio del deudor, sino que supone una manifiesta vulneración del artículo 1859 del C.c., que prohíbe al acreedor disponer de las cosas dadas en prenda. Además, conforme al criterio en base al cual la validez de los pactos vendría dada por el momento en que se establecen, según coincida o no con el nacimiento de la obligación, habría que defender su nulidad por cuanto el pacto se celebra el mismo día en que nace la obligación, lo que induce a pensar en la falta de libertad suficiente del deudor al aceptarlo.

Las dos subastas que aquí se analizan son declaradas nulas por el Tribunal Supremo porque en ellas se vulnera el principio fundamental de publicidad de las subastas, con lo que se produce la consecuencia de que la celebración de las mismas no llega a conocimiento de los posibles postores, impidiendo que puedan concurrir al acto, de modo que concurriendo únicamente como licitador el acreedor, es sólo él quien realiza las pujas, lo que le permite obtener las acciones subastadas por un precio muy inferior al que de otro modo se habría obtenido, conculcándose así los intereses del deudor, a quien debería corresponder el remanente de lo obtenido con la subasta una vez satisfechas las cantidades debidas al acreedor. Se frustra así la finalidad de la subasta, que es conseguir una fijación del precio por la mayor concurrencia de posibles postores <sup>(17)</sup>.

La gravedad del caso radica en que mediante la vulneración del principio de publicidad se producen otras consecuencias negativas, puesto que se alcanza un resultado prohibido por nuestro ordenamiento jurídico, como es que el acreedor haga suyas las cosas dadas en prenda (artículo 1859 del C.c.), resultado que sólo se permite en circunstancias especiales y concurriendo las condiciones expresamente previstas por el legislador, como sucede en el artículo 1872 del C.c., una vez que la primera y la segunda subastas hayan sido declara-

---

(16) GUILARTE ZAPATERO, V.: *op. cit.* p. 459.

(17) DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *op. cit.* p. 500.

das desiertas, y en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en las condiciones anteriormente señaladas.

En este supuesto, sólo concurre a las subastas como licitador el acreedor, y en ambos casos, una vez valoradas las acciones a subastar unilateralmente por el acreedor, el precio de remate coincide exactamente con las cantidades adeudadas, comprendiendo el capital y los intereses: 555.208.500 pesetas y 591.771.780 pesetas en la primera y la segunda subasta respectivamente. Es decir, vulnerando los requisitos de publicidad, el acreedor logra contar con la libertad suficiente para hacer suyas las acciones dadas en prenda a cambio de lo que no parece ser un precio justo, sino más bien la cuantía debida: las acciones entran a formar parte de su patrimonio para satisfacer los créditos que tenía contra Viajes Melia y Compañía Inmobiliaria, pero siendo aquéllas de un valor superior al de los créditos no le es restituida la diferencia al deudor porque las acciones son valoradas en la misma cuantía que las cantidades debidas. Esto entra en relación con el pacto comisorio, prohibido en nuestro derecho, ya que la cosa no es valorada con medios objetivos y seguros<sup>(18)</sup>, impidiendo una justa valoración de la misma<sup>(19)</sup>.

Este es el objetivo perseguido por el acreedor al fijar un plazo entre el anuncio de la subasta y su celebración claramente insuficiente para la adecuada publicidad de la misma, vulnerando así el derecho e interés del propietario de las acciones a obtener el mayor precio posible; objetivo que el Tribunal Supremo no llega a vislumbrar, al manifestar en el Fundamento de Derecho tercero que no alcanza “a comprender cómo esa escasísima publicidad podía proteger los legítimos derechos del ejecutante a resarcirse del crédito existente a su favor”. No obstante, hay que decir a favor del Tribunal Supremo que en este caso, la estimación del segundo motivo de casación, por vulneración del artículo 4.1 del C.c. y del artículo 1782 del mismo cuerpo legal, impidió que entrara a examinar el tercero y último de los motivos, en el que se denuncia la existencia de un pacto comisorio y la infracción de los artículos 1859 y 1872 del C.c., de ahí que se pueda justificar que en la sentencia no haya un pronunciamiento análogo al que aquí se señala.

En otras ocasiones, sin embargo, el Tribunal Supremo se ha manifestado en este sentido, y así, en Sentencia de 13 de mayo de 1998 se planteó un supuesto semejante, que parte, en el Fundamento de Derecho segundo, de “la naturaleza fiduciaria de la transmisión a fin de garantizar el crédito de la Caja, pero que no se otorgó por la misma contradeciaración, ni se fijó plazo para la posible realización de la garantía, ni se pactó procedimiento alguno. La Caja, no obstante

---

(18) ALBALADEJO, M.: *op. cit.* p. 246.

(19) GUILARTE ZAPATERO, V.: *op. cit.* p. 370.

ello, subastó los bienes, lo que equivale a apropiárselos indebidamente, algo prohibido por el artículo 1859 del C.c. cuando la garantía es de las tipificadas legalmente, pues poca diferencia hay entre apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca o sacarlas en una subasta precipitada y no paccionada”. Y añade que “en la transmisión de la propiedad con fines de garantía, ante la falta de todo convenio entre las partes sobre la realización de los bienes, el acreedor no puede apropiárselos porque incurriría en la prohibición del pacto comisorio, que es una prohibición aplicable a toda garantía dadas las razones de moralidad e interés general en que se asienta, no puede determinar el procedimiento de realización forzosa de su crédito: ha de hacerlo acudiendo a las normas de procedimiento legalmente establecidas, que son ‘de ius cogens’ y de interés público, cuya observancia obliga a los Jueces y Tribunales a declarar de oficio las nulidades de cuantos actos la contravengan”.

Como consecuencia de la declaración de nulidad de las subastas, y dado que las acciones pignoradas y subastadas fueron adquiridas posteriormente por un tercero en forma legal, la solución que adopta el Tribunal Supremo es condenar al acreedor a abonar al deudor el valor real de dichas acciones determinado pericialmente en ejecución de sentencia, deduciendo de esa cantidad el saldo final de los créditos existentes a favor del Banco Español de Crédito. De este modo, se cumple la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico, pues se satisface el crédito del acreedor y se salvan los derechos del deudor porque se ve privado de la cosa pignorada pero recibe el remanente del valor de las acciones una vez satisfechas las cantidades debidas, por lo que no sufre un perjuicio patrimonial, que es lo que se pretende también con la prohibición del pacto comisorio y con las garantías que rodean los procedimientos de ejecución.

# LA OBLIGACIÓN DE LOS AUDITORES DE FACILITAR INFORMACIÓN AL ICAC Y EL DEBER DE SECRETO

*[Comentario a la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección 3.ª, de 16 de mayo de 2000]*

*Ponente: Sr. Campos Sánchez-Bordona*

CHRISTI AMESTI MENDIZÁBAL

*Profesora Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Complutense de Madrid*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

“(…)

**Quinto.**—La aplicación de estos criterios ha de conducir a la desestimación del recurso por varias razones. La primera de ellas, justamente destacada por la parte recurrida en su escrito de impugnación del recurso, es que la doctrina legal que se postula —cuya inclusión en el suplico del recurso es ya obligada a tenor del art. 100.3 de la Ley Jurisdiccional— no podría tener, dados los términos en que viene expresada, el alcance general exigible a este tipo de recursos. En efecto, el abogado del Estado pretende que fijemos una doctrina general sobre los efectos suspensivos de los recursos administrativos entablados contra «los actos administrativos de trámite como el que motiva las actuaciones que han precedido al presente

recurso», pero lo cierto es que ni la clave del recurso se encontraba simplemente en el acto de trámite ni la pretensión de fijar doctrina legal puede referirse a las particularidades de un determinado supuesto.

Si, en abstracto, el mero acuerdo de incoar un expediente administrativo puede calificarse de acto de trámite no susceptible de impugnación autónoma, no ocurre lo mismo con un requerimiento que conmina a una empresa auditora —obligada, en principio, a mantener el secreto de cuanta información conozca en el ejercicio de su actividad— a entregar a la Administración determinados documentos profesionales con incidencia en la situación jurídica de terceros. Por su propia naturaleza y por los efectos jurídicos relevantes que este tipo de requerimientos conllevan, los actos administrativos que los incorporan pueden ser recurridos en vía administrativa y jurisdiccional. Fue precisa-

mente la negativa a cumplir uno de estos requerimientos, en las condiciones singulares del caso de autos, lo que motivó la sanción administrativa objeto del recurso jurisdiccional ulterior.

Al insistir en las particularidades del caso de autos, la Sala quiere poner de relieve que no se trataba de una negativa indiscriminada o infundada, sino jurídicamente basada en determinados motivos que la empresa estimaba suficientes para no acceder, en aquel momento, a la entrega de los «papeles de trabajo» requeridos en el seno del expediente de control técnico. En síntesis, dichos motivos consistían en que la propia incoación de este expediente por parte del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (R. 12 de febrero de 1996) había sido impugnada ante el Ministro de Economía y Hacienda en un recurso ordinario acompañado de la petición de la medida cautelar de suspensión. Esta última petición, por su parte, alegaba no sólo la existencia de perjuicios de reparación imposible o difícil sino, además, la vulneración de los derechos de defensa de la empresa controlada, ante la falta de comunicación de quien fuera el denunciante cuya actuación había generado la iniciación del expediente de control técnico (sujeto a determinados requisitos de legitimación en los términos del art. 66 RD 1636/1990, de 20 de diciembre, de desarrollo de la L. 19/1988, de Auditoría de Cuentas).

Efectivamente, el expediente de control técnico —cuya finalidad es comprobar si el auditor ha realizado sus trabajos de conformidad con las prescripciones legales y reglamentarias, así como con las normas técnicas reguladoras de esta actividad, aparece, en este caso, incoado a instancia de parte interesada, lo cual exige que «con carácter previo a la iniciación del procedimiento de control técnico» (art. 68.1 del Real Decreto antes citado) ésta justifique determinados extremos, a partir de los cuales el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas ha de valorar si existe «causa suficiente» para su incoación.

Por lo demás, la Administración sancionadora reconoció *a posteriori* en la resolución final sancionadora que, en el caso de autos, «el informe de auditoría relativo al ejercicio de 1994, sobre cuyos papeles de trabajo se produjo la negativa de entrega al ICAC» había sido ya puesto previamente «en conocimiento de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 3 de mayo de 1995, sin incluir la necesidad de remisión al ICAC para la realización del correspondiente control técnico [...] lo cual [...] permite dudar de la posible existencia de una intencionalidad predeterminada de la entidad sancionada dirigida a que el ICAC no pudiera tener conocimiento efectivo de los documentos solicitados [...] toda vez que, a los efectos de una presunta irregularidad en el ejercicio de la auditoría, ésta habría podido ser indiciariamente detectada por la CNMV [...]».

Todas estas circunstancias singulares —en cuya apreciación conjunta se base el pronunciamiento estimatorio de la instancia— impiden que podamos acoger la pretensión del abogado del Estado en los términos con que viene formulada. La sentencia recurrida no versó tanto sobre la mayor o menor eficacia suspensiva de los escritos de interposición de recursos ordinarios frente a acuerdos de incoación de expedientes administrativos, sino sobre la adecuación a derecho de una sanción de multa por la negativa de una empresa auditora a entregar determinados documentos de trabajo, conducta calificada de obstrucción o entorpecimiento a la labor instructora. Es cierto que, en el juicio sobre la adecuación a derecho del acto sancionador, la Sala de instancia se pronunció sobre la interpretación del artículo 111.4 L. 30/1992, pero su pronunciamiento final lo fue respecto a la decisión administrativa recaída ante la conducta de una empresa en circunstancias muy singularizadas y en la génesis de este pronunciamiento pesaron tanto consideraciones relativas a aquel precepto como, de manera relevante, otras relativas a la ausencia de intencionalidad y cul-

pabilidad en la concreta conducta empresarial que había sido objeto de sanción.

**Sexto.**—Es igualmente cierto que la interpretación del artículo 111.4 L. 30/1992 [actualmente, tras la reforma llevada a cabo por la L. 4/1991, de 13 de enero, artículo 111.e)] propiciada por la empresa actora, según la cual la mera interposición del recurso ordinario con petición adjunta de suspensión produciría automáticamente la suspensión misma de la efectividad del acto recurrido, no puede ser acogida. Semejante interpretación desvirtúa el sentido del precepto, que sólo acoge la producción del efecto estimatoria del silencio positivo transcurridos treinta días desde «la entrada en el registro» de la solicitud de suspensión. En tanto no transcurra ese plazo, subsiste el régimen general establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 111, a tenor de los cuales la interposición del recurso no suspende la ejecución del acto impugnado, sin perjuicio de que el órgano decisor pueda así acordarlo, de oficio o a solicitud del recurrente.

Es también cierto que la Sala de instancia no acertó al relacionar, sin ulteriores matices, este régimen de silencio positivo, ligado a la petición de suspensión, con la doctrina establecida por el TC en su Sentencia de 20 de mayo de 1996, sentencia que, tras reiterar la falta de incompatibilidad entre el derecho a la tutela judicial efectiva, por un lado, y el privilegio de la autotutela administrativa o la ejecutividad inmediata de sus actos, por otro, afirma en relación con un acto de contenido sancionador que no procede «[...] ejecutar la sanción sin esperar a su firmeza y aun sin haber resuelto ni el recurso de reposición ni la solicitud de suspensión». Doctrina que no podía ser aplicada, sin más, a un supuesto como el de autos en que el acuerdo de incoación del expediente de control técnico no tenía naturaleza sancionadora. Ello no obstante, este planteamiento desacertado no tuvo —según ya ha quedado expuesto— sino una relevancia

limitada en la estimación del recurso. Dirigido éste contra la sanción impuesta por desatender el requerimiento de entrega de la documentación, la Sala estima la inexistencia de determinados requisitos esenciales constitutivos del ilícito administrativo (intencionalidad, culpabilidad) sobre la base de la apreciación de las circunstancias singulares que concurrieron en la conducta de la empresa actora y, si llega en algún momento a hablar de «justificación» de la negativa —como elemento que «desvirtúa» la «obstaculización de la labor de control»— no lo hace en términos abstractos, sino «en este caso» y desde la perspectiva de las razones alegadas por aquélla.

Todo ello pone de relieve que «la resolución dictada» por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN subsistiría en los mismos términos estimatorios de la pretensión deducida contra la resolución sancionatoria aun si hubiésemos de declarar que parte de su razonamiento —el referido a la eficacia suspensiva de los actos de interposición de recursos ordinarios acompañados de solicitud de suspensión— no es totalmente correcto. Y, como quiera que el recurso en interés de ley exige que sea precisamente la «resolución dictada» —y no simplemente alguno de sus razonamientos— la que se entienda gravemente dañosa para el interés general y disconforme a derecho, no se da el presupuesto básico para la estimación del recurso.

**Séptimo.**—Ocurre, además, que la «doctrina» que el abogado del Estado pretende que sentemos en interés de la Ley no tiene suficientemente en cuenta cómo en ciertos supuestos, frente a determinados requerimientos administrativos de documentación profesional relativa a terceros, no es posible excluir que la solicitud de suspensión cautelar simultánea a su impugnación en sede administrativa —basada, por ejemplo, en la indefensión que se causa o en la violación de algunos derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional— deba ser provisional e inmediatamente estimada por la

propia Administración, al menos hasta tanto haya un pronunciamiento de fondo del órgano decisor, precisamente para impedir que se consume aquella violación por parte de alguno de sus órganos actuantes. En esta materia es ciertamente difícil señalar pautas o criterios de actuación válidos con carácter general y abstracto, pues la ponderación de los intereses en juego no puede hacerse al margen de las circunstancias del caso, sin que el recurso en interés de ley sea el cauce idóneo para fijar una doctrina que sería únicamente válida para unos supuestos de ca-

racterísticas tan singulares como el controvertido y quedaría desprovista, por tanto, de la nota de generalidad consustancial a este recurso extraordinario.

Todas estas consideraciones impiden, pues, a la Sala, fijar como doctrina legal «vinculante para todos los jueces y tribunales de este orden jurisdiccional» (art. 100.7 de la nueva Ley Jurisdiccional) la auspiciada por el abogado del Estado, en los términos con que ha sido propuesta, lo que determina la desestimación del recurso”.

## **COMENTARIO**

---

### **SUMARIO**

- I. INTRODUCCIÓN.
  - II. LOS ARGUMENTOS FUNDAMENTADOS EN EL DEBER DE SECRETO DEL AUDITOR.
  - III. LOS ARGUMENTOS FUNDAMENTADOS EN LA INICIACIÓN DEL CONTROL TÉCNICO A INSTANCIA DE PARTE INTERESADA.
  - IV. LOS ARGUMENTOS FUNDAMENTADOS EN LA NO REMISIÓN POR LA CNMV DEL INFORME DE AUDITORÍA AL ICAC.
  - V. CONSIDERACIONES FINALES.
- 

#### **I. INTRODUCCIÓN**

La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo arriba transcrita aborda varias cuestiones de diverso carácter y pertenecientes a distintas materias del ámbito jurídico. En este sentido, y antes de introducirnos en el comentario que ahora se inicia, debe señalarse que la citada resolución presta mayor atención a algunas cuestiones que exceden nuestra disciplina y que, en consecuencia, no serán objeto de nuestro comentario. Con ello nos referimos a los

aspectos principales que examina la Sentencia del Alto Tribunal y que son de carácter procesal administrativo y, en particular, cuando se centra en los efectos que produce la solicitud de suspensión del acto administrativo objeto de recurso y en la procedencia de la interposición del recurso en interés de ley. Como ya se ha advertido, estas cuestiones no serán objeto de nuestro estudio, sino que trataremos tan sólo los argumentos que se refieren a la regulación de la auditoría de cuentas.

La resolución del Alto Tribunal hace referencia directa o indirectamente a varios preceptos de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas (en adelante LAC), especialmente al artículo 14.2 de la LAC, en virtud del cual los auditores vienen obligados a facilitar el acceso a la documentación referente a cada auditoría de cuentas al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, al sólo efecto del ejercicio del control técnico, al que se refiere el artículo 22.2 de la misma Ley.

El citado artículo 14.2 de la LAC se encuentra estrechamente relacionado, por una parte, con el artículo 16.2.g) de la LAC que contempla la infracción grave consistente en el incumplimiento de la obligación del artículo 14.2 y, por otra, y como ya se ha mencionado en líneas anteriores, con los preceptos relativos al propio control técnico ejercido por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (en adelante, el ICAC), regulado en los artículos 22 de la LAC y 64 y siguientes del Real Decreto 1636/1990, de 20 de diciembre (en adelante, el RAC), que contiene el Reglamento que desarrolla la LAC.

En efecto, en el resumen de los hechos que contiene la Sentencia de la Sala Tercera, se relata que la sociedad de auditoría se negó a entregar al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (en adelante, el ICAC) los papeles de trabajo de la auditoría de cuentas anuales de una entidad auditada correspondiente a un ejercicio, cuando dicha sociedad auditora fue requerida por el ICAC para realizar un control técnico iniciado a instancia de un tercero. La negativa de la entidad auditora se fundamentaba, principalmente, en el recurso interpuesto ante el Ministro de Economía y Hacienda, en el que se solicitaba la suspensión de las actuaciones de control al amparo del artículo 111 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

El ICAC impuso una multa a la entidad auditora que ascendía a quinientas mil pesetas por la comisión de una infracción administrativa grave, tipificada en el artículo 16.2.g) de la LAC y consistente en *“la no remisión al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de cuantos datos se requieren en el ejercicio de las funciones que le competen, cuando ello dificulte u obstruya la labor de control a que se hace referencia en el artículo 22”* de la LAC.

La Sala Sexta de lo Contencioso-Administrativo estimó el recurso de la entidad auditora y anuló la sanción pecuniaria impuesta a la entidad auditora; resolución que fue recurrida por el Abogado del Estado ante el Tribunal Supremo por los motivos ya reseñados.

Como ya se ha señalado en líneas anteriores, los argumentos utilizados por el Alto Tribunal fueron, especialmente, de carácter procesal administrativo; estos últimos argumentos no serán objeto de estudio en el presente comentario. Por el contrario, nos centraremos en los fundamentos de carácter mercantil y, en particular, los que se refieren a la LAC.

En efecto, en el ámbito mercantil, el concepto fundamental que se discute en el fondo del conflicto que se plantea en la Sentencia del Tribunal Supremo es, sin duda, el artículo 14.2 de la LAC y los preceptos correspondientes al control técnico que se encuentra en el artículo 22 de la LAC y en los artículos 64 y siguientes del RAC.

Los argumentos del Alto Tribunal que merecen ser destacados y que se corresponden con la LAC, se encuentran en el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia. No obstante, dichos argumentos deben ponerse en relación con otras afirmaciones que se encuentran en otros fundamentos de la Sentencia para ser comentados, una vez agrupados por la identidad del fondo del argumento puesto de manifiesto por el Tribunal. Las apreciaciones realizadas por el Tribunal Supremo que interesan a los efectos de nuestra disciplina son los siguientes:

El primer argumento que se utiliza en el Fundamento Quinto hace referencia a que el acto recurrido no puede calificarse de acto de trámite (de ahí que el Alto Tribunal considere que puede ser recurrido) porque, a juicio del Tribunal Supremo, la empresa auditora es una entidad obligada a guardar secreto de cuanta información conozca en el ejercicio de su actividad y, en consecuencia, no puede considerarse como acto de mero trámite aquél que exige a la entidad auditora la entrega de los documentos solicitados por el ICAC, cuando dicha entrega tiene “incidencia” en la situación jurídica de terceros.

El segundo argumento que merece ser comentado hace referencia a que la negativa a entregar los documentos no fue infundada sino que, como ya se ha señalado, se había solicitado la medida cautelar de suspensión que, a su vez, se fundamentaba en la existencia de “*perjuicios de reparación imposible o difícil*” y además en “*la vulneración de los derechos de defensa de la empresa controlada*”, ante la falta de comunicación por el ICAC sobre la identidad del denunciante, cuya actuación había generado la iniciación del expediente del control técnico. En el mismo sentido y formando parte de este segundo argumento, la Sala Tercera recoge la finalidad del control técnico y se refiere a la iniciación de

dicho control a instancia de parte interesada y a los requisitos y garantías que deben prestarse para proceder a dicha iniciación.

En tercer lugar, el Tribunal se refiere a que el informe de auditoría relativo al ejercicio objeto de control *“había sido ya puesto previamente en conocimiento de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sin incluir la necesidad de remisión al ICAC para la realización del correspondiente control técnico (...) lo cual (...) permite dudar de la posible existencia de una intencionalidad prede-terminada de la entidad sancionada dirigida a que el ICAC no pudiera tener conocimiento efectivo de los documentos solicitados (...) toda vez que, a los efectos de una presunta irregularidad en el ejercicio de la auditoría, ésta habría podido ser indiciariamente detectada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores...”*.

En definitiva, de la lectura del Fundamento Quinto en relación con los Fundamentos Primero y Segundo, en su párrafo segundo, donde se resumen los hechos, puede decirse que la Sentencia del Tribunal Supremo considera justificada la negativa de la entidad auditora a facilitar los papeles de trabajo solicitados por el ICAC y, en consecuencia, pone de manifiesto que no existe un incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 14.2 de la LAC y, menos aún, la comisión de una infracción grave, en particular, la contemplada en el artículo 16.2.g) del mismo texto legal.

En resumen, el Tribunal Supremo aduce fundamentalmente tres argumentos que interesan a nuestra disciplina: en primer lugar, los perjuicios que pudieran causarse a terceros como consecuencia de la entrega de la documentación: es decir, el deber de secreto que obliga a los auditores y que se contiene en el artículo 13 de la LAC; en segundo lugar, la indefensión en la que se encuentra la entidad auditora al serle realizado un control técnico iniciado a instancia de parte cuando, al parecer, ésta no ha cumplido con los requisitos exigidos por los artículos 66 y 68 del RAC; y, en tercer lugar, el visto bueno o, al menos, la falta de actuación, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV) cuando se presentó el informe de auditoría correspondiente; lo cual, a juicio del Tribunal Supremo, ofrece una cierta garantía de que el trabajo de auditoría que había realizado la entidad auditora era correcto.

Antes de introducirnos en el examen de los argumentos arriba señalados, debe resaltarse que el Fundamento Quinto finaliza manifestando que la sentencia recurrida *no versó tanto sobre la mayor o menor eficacia suspensiva de los escritos de interposición de recursos ordinarios frente a acuerdos de incoación de expedientes administrativos, sino sobre la adecuación a derecho de una sanción de multa por la negativa de una empresa auditora a entregar determi-*

*nados documentos de trabajo, conducta calificada de obstrucción o entorpecimiento a la labor instructora*<sup>(1)</sup>.

Este último párrafo transcrito nos sorprende, pues como podrá observarse en las líneas posteriores, los argumentos basados en la normativa de carácter mercantil y, en particular, en los preceptos de la Ley y el Reglamento de la Auditoría de Cuentas, no justifican el sentido de la Resolución dictada. En efecto, por el contrario, la LAC y el RAC pueden justificar y avalar la imposición de la sanción que proviene de la comisión de la infracción descrita en el artículo 16.1.g) de la LAC. Sin embargo, la petición de suspensión realizada por la entidad auditora parece ser el argumento que justifique la negativa a entregar los documentos solicitados por el ICAC mientras no se resuelva el recurso y, en consecuencia, que evite la sanción; cuestión esta última que excede nuestra disciplina y el ámbito del presente comentario y que, en consecuencia, no será examinada.

En los apartados posteriores, se tratarán de examinar los argumentos en los que el Tribunal fundamenta su fallo y que se basan en los preceptos contenidos en la LAC y en el RAC.

## II. LOS ARGUMENTOS FUNDAMENTADOS EN EL DEBER DE SECRETO DEL AUDITOR

El Fundamento Quinto, párrafo segundo de la Resolución que se comenta, acude al deber de secreto que debe guardar el auditor respecto a sus clientes, para justificar la negativa de la sociedad de auditoría a entregar los papeles de trabajo al ICAC, y negar la naturaleza de acto de mero trámite al acto administrativo por el cual la Administración exige dicha entrega. En efecto, el Tribunal Supremo manifiesta que el acceso a la documentación utilizada por el auditor puede perjudicar a terceros y, en particular, a la entidad auditada, siendo ésta la razón por la que dicho acto no puede considerarse acto de mero trámite.

---

(1) El Fundamento quinto continúa señalando que “su pronunciamiento final lo fue respecto a la decisión administrativa recaída ante la conducta de una empresa en circunstancias muy singularizadas y en la génesis de este pronunciamiento pesaron tanto consideraciones relativas a aquel precepto como, de manera relevante, otras relativas a la ausencia de intencionalidad y culpabilidad en la concreta conducta empresarial que había sido objeto de sanción”.

Conviene señalar que el fundamento quinto termina manifestando que “todas estas circunstancias singulares —en cuya apreciación conjunta se basa el pronunciamiento estimatorio de la instancia— impiden que podamos acoger la pretensión del abogado del Estado”.

Antes de introducirmos en el examen del argumento, debe señalarse que la obligación del auditor de guardar secreto de cuanta información conozca en el ejercicio de su actividad viene recogida en el artículo 13 de la LAC y en el artículo 43.1 del RAC. En ellos se establece el deber de secreto en su doble vertiente, por una parte, el deber de no comunicar a otras personas la información que haya obtenido como consecuencia del ejercicio de su función y, por otra parte, el deber de no utilizar en beneficio propio la información así obtenida.

Sin embargo, el deber de secreto del auditor no es un principio absoluto sino que la propia LAC contempla algunos supuestos en los que el deber de secreto tiene límites e, incluso, se rompe a favor de las personas designadas por la propia LAC. En este sentido se enmarca el artículo 14.2 de la LAC<sup>(2)</sup> y su paralelo el artículo 43.2 del RAC, con arreglo a los cuales el ICAC podrá acceder a la documentación referente a la auditoría en particular, así como las personas designadas por resolución judicial y quienes estén autorizados por ley, siendo así que el supuesto planteado en la Resolución que se comenta encaja en la primera posibilidad prevista en el citado artículo 14.2.

Algunos autores han denominado, a la obligación del auditor de facilitar el acceso a la documentación y papeles de trabajo al ICAC, “deber de revelación”<sup>(3)</sup>, y se ha caracterizado como un auténtico límite al deber de secreto frente al llamado “deber de información” que, podría decirse, es un límite de menor entidad. En efecto, este último se caracteriza por que los auditores no facilitan el acceso a la documentación sino que son ellos mismos los que, en virtud de algunas normas de nuestro Ordenamiento, han de comunicar a determinados Órganos e instituciones las circunstancias y hechos que han observado, al auditar una entidad en particular. En este sentido, puede decirse que dentro del deber de información deben encuadrarse las obligaciones establecidas en el párrafo final de la disposición final primera de la LAC, introducido por la Disposición Adicional cuarta de Ley 13/1992, de 1 de junio, sobre recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras y modificado por la Disposición Adicional octava de la Ley 37/1998 de 16 de

---

(2) El artículo 14.2 de la LAC establece que “sin perjuicio de lo que se establezca en las cláusulas del contrato de auditoría podrán, en todo caso, acceder a la documentación referente a cada auditoría de cuentas, quedando sujetos a la obligación establecida en el artículo anterior: a) El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, exclusivamente a los efectos del control técnico, a que se refiere el apartado 2 del artículo 22 de esta Ley. b) Quienes resulten designados por resolución judicial. c) Quienes estén autorizados por Ley.

(3) Ver PETIT LAVALL, M.<sup>a</sup> V., *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*. Madrid, 1994, pp. 387 y ss.

noviembre de Reforma del Mercado de Valores; introducción que contó con una fuerte oposición por parte de la profesión auditora<sup>(4)</sup>.

El artículo 14 de la LAC autoriza al ICAC el acceso a la documentación exclusivamente a los efectos del control técnico. No obstante, debe destacarse que, para la realización del control técnico, la LAC faculta al ICAC no sólo a examinar los papeles de trabajo y la documentación que hubiera servido para la elaboración de los mismos, sino a requerir del auditor cuanta información fuera necesaria para el desarrollo de los trabajos de control técnico<sup>(5)</sup>. Es decir, que los auditores quedarán obligados a facilitar la información requerida por el ICAC y a colaborar con éste, sin perjuicio de que el ICAC quede sometido al deber de secreto en relación a la información y documentación que le facilite el auditor, como así se desprende de los artículos 14.2 de la LAC y 43.2 del RAC.

Al respecto, puede concluirse que la regulación vigente del deber de secreto del auditor prevé también la quiebra del mismo a favor de las personas legitimadas, siendo una de éstas el ICAC. En efecto, de la lectura de los preceptos señalados en las líneas anteriores parece deducirse que son coherentes los argumentos alegados por el Abogado del Estado que recurría la Sentencia de la Audiencia, pues en principio la LAC y el RAC que la desarrolla amparan la pretensión del ICAC de acceder a la documentación de la entidad auditora; más aún, la negativa del auditor a facilitar la información y documentación exigida por el ICAC para realizar un control técnico constituye una infracción prevista en el artículo 16.2.g) de la LAC<sup>(6)</sup>.

Por ello, parece que el argumento del Alto Tribunal no debe basarse en el deber de secreto y el perjuicio de terceros (la entidad auditada), pues, además de que al deber de secreto también quedará vinculado el ICAC, es un argumento

---

(4) En efecto, el citado párrafo contiene actualmente dos obligaciones de los auditores para con las entidades supervisoras (Banco de España, CNMV y DGS) respecto a determinadas entidades que deben auditar sus cuentas. Al respecto, ver AMESTI MENDIZÁBAL, C., “La actuación de los auditores en la sociedad anónima: La responsabilidad de los auditores de la sociedad anónima.” Cuadernos de la Revista de Derecho Bancario y Bursátil, n.º 3, Madrid, 1995, pp. 60; Idem, “Consideraciones sobre las especialidades de la auditoría de las sociedades cotizadas”, en *Estudios en homenaje al Profesor Sánchez Calero*, en imprenta.

(5) Ver artículo 70, apartados 1 y 2 del RAC.

(6) El artículo 16.2.g) de la LAC establece como una infracción grave “la no remisión al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de cuantos datos se requieren en el ejercicio de las funciones que le competen, cuando ello dificulte u obstruya la labor de control a que se hace referencia en el artículo 22 de esta Ley”. De la comisión de la infracción prevista en el citado artículo de la LAC puede derivarse responsabilidad administrativa. Al respecto ver PETIT LA-VALL, M.ª V., *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*. Madrid, 1994, pp. 452 y ss.; AMESTI MENDIZÁBAL, C., “La responsabilidad administrativa de los auditores: Sanciones del ICAC del período 1992-1995”, Partida Doble n.º 71, octubre 1996, pp. 57 y ss.

que podría ser utilizado siempre que se realizara un control técnico, de lo cual habría de deducirse que los auditores podrían negarse o poner trabas a la realización del control. En efecto, la LAC no prevé ningún supuesto en el que el auditor pueda negarse o impedir que el ICAC proceda a la *realización* de dicho control y, en consecuencia, estará obligado a facilitar toda la documentación que se le requiera<sup>(7)</sup>.

Al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional del 23 de diciembre de 1993 manifiesta que *“el control técnico viene exigido, como se dijo por la necesidad de asegurar que las auditorías de cuentas se realicen, precisamente, con el método y en la forma adecuada para garantizar su fiabilidad, y de suerte que puedan surtir los efectos que les son propios”*. Es obvio que tal control no podría llevarse a cabo si no se puede acceder a la documentación de base, pues sólo el contraste de tal documentación con la auditoría realizada permite verificar la corrección técnica de ésta.

Con todo ello, quiere ponerse de manifiesto que el argumento del deber de secreto del auditor con respecto al ICAC, *per se*, no tiene sentido, porque la Ley prevé que el ICAC pueda romperlo para cumplir su función de control técnico cuando el superior interés público lo exija.

El Tribunal Constitucional, en la Resolución ya citada de 23 de diciembre de 1993, aborda también la cuestión del deber de secreto de los profesionales de la auditoría y señala que *“a diferencia de otras profesiones, en las que exige un deber de secreto de ciertos datos, mal puede hablarse de él en el caso de la auditoría, porque de lo que se trata es de todo lo contrario. El control técnico realizable por el Instituto de Contabilidad y Auditorías se mueve en un ámbito diferente del secreto profesional”*.

Sin embargo, nos parece exagerada esta última afirmación del Tribunal Constitucional, pues si bien es cierto que el informe de auditoría y las cuentas anuales, junto con el informe de gestión, serán depositados en el Registro Mercantil y, en consecuencia, podrán ser conocidos por terceros, además de sus correspondientes publicaciones en los registros que correspondan según se trate la actividad o las circunstancias de la entidad auditada<sup>(8)</sup>, debe matizarse que lo que se hace público son las cuentas anuales, el informe de gestión y el informe

---

(7) Ver Sentencia de 23 de diciembre de 1993 del Tribunal Constitucional que al respecto manifiesta que “es obvio que el control no podría llevarse a cabo si no se puede acceder a la documentación de base, pues sólo el contraste de tal documentación con la auditoría realizada permite verificar la corrección técnica”.

(8) Con ello nos referimos a los diversos supuestos que puedan plantearse según las sociedades; a modo de ejemplo, las sociedades cotizadas además de depositar el informe de auditoría en el Registro Mercantil, también tienen que hacerlo en el Registro especial de la CNMV.

de auditoría, pero no toda la documentación y los papeles que se utilizan para formularlos. Al respecto, debe entenderse que el Tribunal Constitucional se refiere al supuesto particular de la solicitud de información y documentación por el ICAC movido por el interés público. De otro modo, es decir, si se interpretara que el citado Tribunal Constitucional entiende que los auditores no están sometidos al deber de secreto, carecerían de sentido, entre otros, los artículos 13 de la LAC y 32 del Código de Comercio, por citar algunos. En efecto, el primero, porque establece el deber de secreto del auditor y, el segundo, porque establece que la contabilidad de los empresarios es secreta.

Al respecto, podría decirse que ambos Tribunales mantienen posiciones contrarias. En efecto, el Tribunal Constitucional minimiza el deber de secreto del auditor frente a las facultades otorgadas por la LAC al ICAC, mientras que para el Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, prevalecen los derechos del auditor y, en especial, el deber de secreto de éste respecto a las competencias del ICAC, al manifestar que la entrega de los documentos por la entidad auditora, exigidos por el ICAC, para realizar el control técnico podrían suponer *“perjuicios de reparación imposible o difícil”*.

Respecto a la posición mantenida por el Tribunal Supremo, debe señalarse también que, para que el ICAC inicie el control técnico, no es necesario que existan indicios de la comisión de una infracción o de que la auditoría concreta de la que se trate contiene errores, pues el ICAC inicia los controles técnicos de oficio, siguiendo criterios de diversa naturaleza, siendo uno de ellos el criterio estadístico que se deberá aplicar sobre la totalidad del colectivo de auditores <sup>(9)</sup>.

El criterio estadístico, como puede deducirse de su naturaleza, es un criterio aleatorio que no se fundamenta en la existencia de indicios de la comisión de una infracción. Sin embargo, el auditor no podría negarse a entregar la documentación requerida por el ICAC en el supuesto de un control técnico iniciado siguiendo un criterio de esa naturaleza.

---

<sup>(9)</sup> Los criterios que establece el RAC para elaborar el plan del control técnico del ICAC se recogen en el artículo 67 del mismo texto legal. Conviene recogerlos aquí para observar que el inicio de un control técnico no exige que se hayan producido indicios de la comisión de una infracción o de haberse realizado incorrectamente la auditoría en particular, ni que una sociedad auditora o algún auditor haya dado muestras de un ejercicio incorrecto o defectuoso de su función (supuestos en los que el ICAC tendría que actuar si tuviera conocimiento de ello) sino que se rige además por otros criterios, cuales son: —Nivel de control de calidad de las corporaciones representativas respecto de los trabajos de sus miembros; —Datos objetivos que se deduzcan de la información suministrada al Instituto por los auditores de cuentas y sociedades de auditoría; —Datos objetivos extraídos de cualquier otro tipo de información que pueda conocer el Instituto; —Criterios estadísticos que se deberán aplicar sobre la totalidad del colectivo. Las auditorías de cuentas tienen notable relevancia frente a terceros, y las leyes obligan a determinadas entidades a realizarlas en ciertos supuestos, y en bastantes, casos con carácter periódico.

En efecto, el ICAC puede iniciar de oficio un control técnico respecto a los trabajos de auditoría de cualquier auditor o sociedad de auditoría y la LAC no prevé ninguna excepción que pueda plantear el auditor, es decir, no se prevén causas que el auditor pueda alegar para que el control no pueda realizarse. En el mismo sentido, debe insistirse en que el ICAC queda sometido al mismo deber de secreto, respecto a la información obtenida de los auditores que son objeto del control técnico, de modo que la información no será conocida por terceros<sup>(10)</sup>.

En consecuencia, la entidad auditora o el auditor que se niegue a facilitar la información solicitada por el ICAC, en principio, incurrirá en la infracción contenida en el párrafo g), del apartado 2 del artículo 16 de la LAC<sup>(11)</sup>. Al respecto, debe señalarse que la actuación del ICAC en los hechos que se relatan en la Sentencia que se comenta son congruentes con la legislación aplicable y, en particular, con los artículos 14 y 16.2.g) de la LAC ya mencionados, en el sentido de que, una vez que se inicia el control técnico, las actuaciones del ICAC relatadas en los hechos de la Sentencia son las previstas en la legislación aplicable.

No obstante, debe recordarse que la citada Resolución hace mención expresa e insiste sobre la circunstancia de que el control técnico que constituye el centro del debate de la Sentencia que se comenta fue iniciado a instancia de

---

(10) Conviene seguir planteando el paralelismo que se viene realizando y recoger aquí como criterio a tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de diciembre de 1993, que al respecto manifiesta que “la obligación de entregar la documentación no se realiza en la Ley impugnada en términos incondicionados, pues sólo se prevén tres sujetos que puedan recibirla: aquellos autorizados expresamente por una Ley, los designados por resolución judicial y el ICAC. En los dos primeros casos, la previsión legislativa o la resolución judicial justifican, en principio y en abstracto, la obligación impuesta por la Ley; en el tercer caso, la entrega de la documentación lo es a los solos efectos del control técnico, que, como es obvio, difícilmente puede realizarse sin poseer la documentación precisa. En fin, todos los receptores de la documentación quedan obligados a mantener secreto, según el artículo 13 de la LAC. La previsión legal tiene, pues, una justificación objetiva y razonable, los destinatarios de la documentación están, también, justificados y tanto las circunstancias en las que procede la entrega cuanto el deber de guardar secreto revisten una adecuada proporcionalidad”.

(11) El Tribunal Constitucional también comentó el citado precepto, manifestando al respecto que “la letra g) del ap. 2 del art. 16 configura la no remisión de dicha documentación como una falta grave, y el ap. 2 del art. 15 atribuye al ICAC la potestad sancionadora sujeta a lo previsto en el art. 21. La posibilidad de acceder a la documentación tiene, pues, una justificación objetiva, razonable y proporcionada, en especial, si se considera que, según lo previsto en el artículo 14.2, en relación con el art. 13, el ICAC viene obligado a mantener el secreto. El que la negativa a remitir la documentación sea constitutiva de una infracción administrativa es un mecanismo tendente a asegurar la efectividad y viabilidad del control. Su previsión en una norma con rango de ley, y la precisión de la conducta descrita, la dota de las exigencias de congruencia, rango, tipificación precisa y proporcionalidad exigibles”.

parte interesada y, en ese caso, la LAC establece una serie de requisitos que habrá de examinarse si se cumplieron, o si ello tiene trascendencia a los efectos del fallo del Tribunal, y que estudiaremos a continuación.

### III. INICIACIÓN DEL CONTROL TÉCNICO A INSTANCIA DE PARTE INTERESADA

En la Resolución del Tribunal Supremo se manifiesta que el control técnico fue iniciado a instancia de parte interesada, cuya identificación no le fue comunicada a la entidad auditora, causando, a su juicio, indefensión a la citada entidad. Así mismo, parece desprenderse, aunque no se dice expresamente, que no se cumplieron los requisitos exigidos en los artículos 66 y 68 del RAC.

En efecto, el Alto Tribunal se refiere a los requisitos exigidos por el RAC para iniciar el control técnico a instancia de parte, pero no especifica si se cumplieron o no. Sin embargo, sí parece cierto que la entidad auditora alegó que no le había sido comunicado el nombre de la persona que solicitó el control técnico, lo cual causaba, a juicio del Tribunal y de los auditores, la indefensión de la entidad auditora.

El control técnico es un procedimiento por el cual el ICAC examina la actividad del auditor, comprobando si éste ha realizado sus trabajos de conformidad con las prescripciones legales y reglamentarias, así como con las normas técnicas reguladoras de esta actividad. La Sentencia que se comenta recoge lo dispuesto en el artículo 64 del RAC, de forma colateral, para señalar cuál es la finalidad del control técnico.

El control técnico no está previsto en nuestra legislación como algo excepcional. No obstante, la parte de la LAC que lo regula fue objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional, alegándose, como ya se ha señalado, que se vulneraba el artículo 13 del mismo texto legal, que se refiere al deber de secreto del auditor.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional manifestó que la finalidad de la auditoría de cuentas “*justifica objetiva y razonablemente que se prevea un control técnico de las auditorías*”<sup>(12)</sup>. En efecto, el control técnico ejercido por el ICAC se presenta como un control público de una actividad que, aun siendo

---

(12) La misma Sentencia del Tribunal Constitucional continúa señalando que “es claro que si ciertas entidades vienen obligadas a realizarlas, y de ellas se siguen efectos frente a terceros distintos de los administradores de las entidades auditadas, preciso es controlar que tales auditorías se realicen siguiendo unos determinados criterios que garanticen su fiabilidad, pues de otra forma los objetivos perseguidos por la norma —proporcionar una información rigurosa, objetiva y completa sobre la situación de la entidad auditada— no podrían alcanzarse”.

realizada por profesionales libres, cumple una función de gran relevancia para el sistema, con efectos frente a terceros y, en ese sentido, pública.

En consecuencia, el control técnico no puede verse como una vulneración de los derechos del auditor o de terceros, entre los que ha de incluirse a las entidades auditadas, sino como un sistema de control de la actividad auditora.

Sin embargo, debe reconocerse que no merece el mismo tratamiento, en la LAC y en el RAC que la desarrolla, el control iniciado de oficio por el ICAC que el control iniciado a instancia de parte.

En efecto, el control del ICAC iniciado de oficio, a mi juicio, tiene una función de control que se fundamenta en el interés general y que puede producirse por distintos motivos y con arreglo a diversos criterios que, como ya se ha señalado en líneas anteriores, pueden ir desde datos objetivos suministrados o extraídos de distintas fuentes, hasta criterios estadísticos<sup>(13)</sup>. Con ello quiere decirse que no hay un interés personal o un afán de perseguir a determinados auditores o a una entidad auditada en particular, sino que, al menos así debe ser, se persigue un interés general que se materializa en el control de la actividad auditora.

Sin embargo, el legislador ha querido distinguir el control iniciado de oficio del control iniciado a instancia de parte, estableciendo que este último debe cumplir una serie de requisitos, con el objeto de limitar las solicitudes de aquellos terceros que requirieran el inicio de controles técnicos que pudieran causar perjuicios injustos a los auditores, a las entidades auditadas e, incluso, al propio ICAC, que podría verse desbordado si atendiera las pretensiones de cualquier tercero que no justificara su reclamación.

En efecto, el artículo 22.2 de la LAC establece que el control técnico podrá iniciarse a “instancia de parte legalmente interesada, siempre que, en este último caso, exista causa suficiente a juicio del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas”. El mismo precepto, en su párrafo segundo, establece quién podrá considerarse parte legalmente interesada, disponiendo que lo será “quien acredite ser titular de un derecho o tener un interés legítimo, personal o directo que pueda verse afectado por la auditoría de cuentas sobre la que se solicite el control técnico”.

---

(13) El artículo 67 del RAC establece como ya se ha señalado cuatro criterios para iniciar de oficio un control técnico, cuales son: —nivel de control de calidad de las corporaciones representativas respecto de los trabajos de sus miembros; —datos objetivos que se deduzcan de la información suministrada al Instituto por los auditores de cuentas y sociedades de auditoría,—datos extraídos de cualquier otro tipo de información que pueda conocer el Instituto y, —criterios estadísticos que se deberán aplicar sobre la totalidad del colectivo.

El artículo 66 del RAC amplía el concepto de parte legalmente interesada e introduce un párrafo en relación a los órganos o instituciones públicas a los que se refiere la disposición final primera de la LAC<sup>(14)</sup>. De la lectura de la citada Disposición se desprende que pueden considerarse partes legalmente interesadas aquellos Órganos e Instituciones que tienen encomendadas competencias de control o inspección sobre empresas o entidades que se sometan a auditoría de cuentas. Entre aquéllas pueden destacarse al Banco de España respecto a las entidades de crédito en general y a las entidades sometidas a la Ley 13/1992, sobre recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras; a la CNMV respecto a las entidades a las que se refiere el artículo 84 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores<sup>(15)</sup> y, en particular, a las entidades e instituciones reguladas en la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, sobre Instituciones de Inversión Colectiva; y a la Dirección General de Seguros respecto a las entidades reguladas en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, como así puede deducirse del párrafo final de la misma Disposición Final Primera de la LAC, en el que se refiere a dichas Instituciones como entidades supervisoras de entidades que deben someter a auditoría sus cuentas. Por otra parte pueden señalarse otras Instituciones y Órganos como el INFES respecto a las Cooperativas, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social respecto a las Sociedades Anónimas Laborales, el Consejo Superior de Deportes respecto a las Sociedades Anónimas Deportivas, entre otros<sup>(16)</sup>.

La LAC no establece ningún requisito más para poder solicitar del ICAC la iniciación del control técnico. Sin embargo, el desarrollo del artículo 22.2 de la LAC contenido en el artículo 68 del RAC exige dos requisitos previos con los que debe cumplirse al solicitar del ICAC la iniciación de un control técnico. El primero exige que la persona que lo inste acredite suficientemente los derechos o intereses que justifiquen la condición de parte interesada, y el segundo requie-

---

(14) La disposición final primera de la LAC establece que “cuando por disposiciones con rango de Ley se atribuyan a Órganos o Instituciones Públicas competencias de control o inspección sobre empresas o entidades que se sometan a auditoría de cuentas, el Gobierno, mediante Real Decreto, establecerá los sistemas, normas y procedimientos que hagan posible su adecuada coordinación, pudiendo recabar de los auditores de cuentas y sociedades de auditoría cuanta información resulte necesaria para el ejercicio de las mencionadas competencias”. En el segundo párrafo se refiere al Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros.

(15) Ver al respecto el artículo 84 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que establece las personas y entidades que quedan sujetas al régimen de supervisión, inspección y sanción a cargo de la CNMV.

(16) Ver PETIT LAVALL, M.<sup>3</sup> V., *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*. Madrid, 1994, p. 385.

re que la persona que solicite el procedimiento fundamente la solicitud realizada, justificando ante el Instituto los hechos denunciados, mediante la aportación de las pruebas pertinentes y especificando la normativa vulnerada.

Como puede observarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 68 del RAC, no basta con acreditar que la persona que insta el control es parte legítimamente interesada, sino que además ha de demostrar los hechos denunciados e, incluso, la normativa vulnerada. Al respecto, debe señalarse que con ello se dificulta de forma clara la iniciación del control técnico a instancia de parte interesada y, de ello, también se desprende que la parte interesada tiene que o, bien ser un experto contable o bien, asesorarse de un experto contable que tenga acceso a las cuentas anuales de la entidad auditada; cuestión esta última que no tiene gran dificultad teniendo en cuenta que las cuentas anuales así como el informe de auditoría son públicos al inscribirse en el Registro Mercantil. Sin embargo, debe señalarse que si bien es relativamente sencillo hacerse con las cuentas anuales y el informe de auditoría, no lo es tanto el hecho de demostrar dónde se encuentra el problema exacto y la normativa que se vulnera.

En consecuencia, quiere decirse que el legislador ha querido dificultar la iniciación del control técnico a instancia de parte interesada cuando ésta sea cualquier persona que pudiera tener un interés, incluso, legítimo. Sin embargo, no puede decirse lo mismo cuando la parte legalmente interesada sea una Institución u Órgano a los que se refiere la Disposición Final Primera de la LAC.

En este sentido, y ya que el Fundamento Quinto de la Sentencia que se comenta se refiere a la CNMV, sirva de ejemplo lo dispuesto en el artículo 12 del RD 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores (en adelante RD 291/1992) que se refiere a la posibilidad de instar el control técnico por parte de la CNMV; cuestión de la que nos ocuparemos en el siguiente apartado cuando comentemos el tercer argumento utilizado por el Tribunal Supremo.

Como ya se ha dicho en líneas anteriores, del relato de los hechos realizado por el Tribunal Supremo no puede deducirse si la persona que instó el control técnico había cumplido o no los requisitos exigidos en el artículo 66 del RAC. Al respecto, debe señalarse que si no lo hizo, el ICAC debió exigir su cumplimiento antes de iniciar el control técnico.

En torno a esta cuestión, cabe plantearse si el hecho de que la parte que insta el procedimiento no cumpla con los requisitos del artículo 66 del RAC impide que el ICAC pueda iniciar de oficio el control técnico y, en consecuencia, permite a la entidad auditora alegar tales circunstancias para negarse a facilitar la información requerida por el ICAC en ese caso. Para responder al supuesto planteado, habría de responderse previamente a la cuestión de si los requisitos del artículo 66 del RAC se establecen para que el ICAC pueda negarse a iniciar el control o como medio de defensa de los auditores o, dicho en

otros términos, si se trata de defender el interés público del ICAC o los intereses de los auditores. La LAC y el RAC no se refieren a ello. Sin embargo, si se tienen en cuenta los criterios por los cuales el ICAC puede iniciar de oficio el control técnico<sup>(17)</sup>, habría de concluirse que el ICAC no necesita motivar la iniciación del control técnico y, en consecuencia y a mi juicio, el ICAC podría proceder a dicho control, no ya a instancia de parte interesada, sino de oficio.

Por otra parte, en la Sentencia que se comenta, el Tribunal Supremo, en el apartado tercero del Fundamento Quinto, se refiere a la vulneración de los derechos de defensa de la empresa controlada, ante la falta de comunicación de quien fuera el denunciante cuya actuación había generado la iniciación del expediente de control técnico y, a continuación, señala entre paréntesis “sujeto a determinados requisitos de legitimación en los términos del art. 66” del RAC. De ello podría deducirse que el Alto Tribunal deja entrever que, uno de los requisitos que exige la normativa aplicable para iniciar el control técnico a instancia de parte interesada es la comunicación a la entidad auditora controlada de la identidad de la persona que lo solicita.

Sin embargo, los artículos 64 y siguientes del RAC, que tratan sobre el control técnico, el procedimiento y el desarrollo del mismo, no establecen en ningún precepto que la entidad auditora controlada haya de conocer la persona que insta el control. Con ello quiere ponerse de manifiesto, en consecuencia, que lo señalado por el Tribunal Supremo en el apartado tercero del fundamento quinto genera cierta confusión.

En este sentido debe destacarse que el Instituto puede archivar, sin más trámite, aquellas solicitudes en las que, a juicio de éste, no se acrediten debidamente los requisitos exigidos en el artículo 68 del RAC o en las que los fundamentos en que se basa la petición no posean la suficiente entidad. Es decir, el ICAC es quien ha de determinar si se inicia el control técnico o no, de modo que, a partir del momento en que se inicia, el procedimiento corre independientemente a la persona que lo instó.

Por ello, a mi juicio, el conocimiento, o desconocimiento, de la persona que instó el control técnico no produce indefensión para la entidad auditora pues, una vez que el ICAC decide iniciar el control, éste sigue los mismos pasos que si el control hubiera sido iniciado de oficio. De tal manera que si el control produce indefensión para el administrado (la sociedad de auditoría), lo mismo habría de decirse del control técnico iniciado de oficio.

---

(17) Al respecto debe recordarse el artículo 67 del RAC, que se refiere a los criterios según los cuales el ICAC inicia de oficio el control técnico y, como ya se ha señalado en líneas anteriores, alguno de ellos es de carácter meramente estadístico, es decir, aleatorio.

En efecto, el artículo 69 del RAC, en lo que denomina “actuaciones previas”, dispone que el ICAC, mediante el correspondiente oficio, pondrá en conocimiento de los auditores o sociedades de auditoría y de las corporaciones de derecho público a la que pertenezcan aquéllos, la decisión de iniciar el control técnico. Asimismo, designará a la persona o personas encargadas de la realización del control técnico, pudiendo recabar colaboración de las corporaciones de derecho público para la realización del mismo.

A partir de ese momento, el ICAC podrá examinar los papeles de trabajo, la documentación que hubiera servido para la elaboración del trabajo de auditoría, pudiendo requerir del auditor de cuentas cuanta información fuera necesaria para el desarrollo del control técnico y quedando los auditores obligados a facilitar toda la documentación solicitada y a colaborar con el ICAC en las actuaciones que fueran necesarias<sup>(18)</sup>.

Las actuaciones del ICAC se documentarán en un informe, del que se dará copia al interesado, y en el que se hará especial referencia de las circunstancias que signifiquen incumplimiento de la LAC, del RAC o de las Normas Técnicas de Auditoría. En ese momento, los auditores podrán formular alegaciones al informe de control técnico en el plazo de quince días hábiles siguientes a su emisión. Todo ello, el informe de control técnico y las alegaciones realizadas por los auditores, servirán de base para la resolución que se adopte.

La resolución del Presidente del ICAC podrá consistir en: a) el archivo del expediente; b) devolución del expediente a efectos de que se realicen nuevas actuaciones; c) iniciación del procedimiento sancionador<sup>(19)</sup>.

El procedimiento del control técnico termina con la comunicación al auditor, o sociedad de auditoría, de la resolución dictada por el presidente del ICAC, siempre que no se recurra la decisión. Como dispone el artículo 73 del RAC, contra las resoluciones dictadas por el ICAC cabe recurso de alzada ante el Ministerio de Economía y Hacienda, de modo que la resolución de éste pondrá fin a la vía administrativa.

Una vez descrito el procedimiento que se sigue para realizar el control técnico, debe señalarse que, como puede observarse a la vista de las posibilidades que pueden darse al finalizar el control técnico, y como así lo establece el artículo 69.3 del RAC, el hecho de que se inicie el control técnico y que, en consecuencia, se hayan cumplido los requisitos contenidos en el artículo 68 del mismo texto legal, no presupone la existencia de irregularidades debidas al

(18) Al respecto, pueden verse los artículos 69 y 70 del RAC.

(19) Este último supuesto se producirá cuando, del control técnico, se dedujera el incumplimiento por parte del auditor de lo establecido en la LAC, en el RAC o en las Normas Técnicas de Auditoría.

auditor o sociedad de auditoría controlados, sino la procedencia de un control técnico que puede finalizar con el archivo del expediente<sup>(20)</sup>.

En ese sentido, la alegación realizada por la entidad auditora, y acogida por el Tribunal Supremo en la Sentencia que se comenta, relativa a los daños irreparables y a la indefensión que produce en dicha entidad, a mi juicio, no parece procedente. En efecto, el control técnico no es, ni presupone, un expediente sancionador sino un procedimiento que puede finalizar con el archivo del expediente y que se puede producir con cierta normalidad. Con respecto a los daños irreparables que se mencionan en la Sentencia haciendo referencia al deber de secreto del auditor con respecto a su cliente, debe señalarse que el ICAC queda sometido al mismo deber de secreto<sup>(21)</sup>.

#### IV. LA NO REMISIÓN POR LA CNMV DEL INFORME DE AUDITORÍA AL ICAC

El apartado quinto del fundamento quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo señala como argumento a favor de la entidad auditora y contraria a la posibilidad de realizarse el control técnico que la Administración sancionadora reconoció *a posteriori* en la resolución final que, en el caso de autos, “*el informe de auditoría relativo al ejercicio de 1994, sobre cuyos papeles de trabajo se produjo la negativa de entrega al ICAC,*” *había sido ya puesto en conocimiento de la Comisión Nacional del Mercado de Valores..., sin incluir la necesidad de remisión al ICAC para la realización del correspondiente control técnico... lo cual... permite dudar de la posible existencia de una intencionalidad predeterminada de la entidad sancionada dirigida a que el ICAC no pudiera tener conocimiento efectivo de los documentos solicitados... toda vez que, a los efectos de una presunta irregularidad en el ejercicio de la auditoría, ésta habría podido ser indiciariamente detectada por la CNMV*”.

Antes de iniciar el examen del fondo del argumento, debe señalarse que el trabajo de auditoría sobre el que se había iniciado el control técnico se refería a una entidad que se encontraba sometida a la supervisión de la CNMV, bien por la actividad que desarrollaba, bien porque se trataba de una sociedad que cotizaba sus valores en los Mercados de Valores, o iba a proceder a la emisión o a la

---

(20) Respecto al procedimiento del control técnico, ver AMESTI MENDIZÁBAL, C., “La responsabilidad administrativa de los auditores...”, cit. pp. 58 y 59.

(21) Al respecto, ver el artículo 14 de la LAC en relación al artículo 13 del mismo texto legal y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de diciembre de 1993 que se refiere al deber de secreto al que queda sometido el ICAC.

oferta pública de venta de valores y que, en consecuencia, venía obligada a presentar informes de auditoría ante la CNMV<sup>(22)</sup>.

El argumento que ahora comentamos hace referencia, en resumen, a que el hecho de que el informe de auditoría se hubiera presentado a la CNMV, y que ésta no hubiera detectado ningún indicio de error o infracción y, en consecuencia, no hubiera solicitado del ICAC el correspondiente control técnico, viene a ser una especie de “visto bueno” que acredita la idoneidad del informe de auditoría.

Al respecto debe señalarse que la Sentencia no nos dice si la entidad auditada es una sociedad cotizada, o si se trata de una sociedad que va a proceder a una emisión de valores, o si es una “empresa de servicios de inversión”, etc., es decir, tan sólo sabemos que es una entidad sometida a la supervisión de la CNMV. Sin embargo, conforme al artículo 84 de la Ley del Mercado de Valores, son muchas las entidades sometidas a la supervisión de aquélla. En consecuencia, no podemos centrarnos en ningún precepto en particular, en el sentido de que no podemos deducir en virtud de qué norma la entidad auditada estaba obligada a presentar las cuentas anuales, el informe de gestión y el informe de auditoría ante la CNMV.

En el ámbito del Mercado de Valores, son varios los preceptos que se dedican a la auditoría de las cuentas de las entidades que de algún modo se relacionan con dicho ámbito. Sin embargo, a los efectos de este comentario, tan sólo interesan los que hacen referencia a las competencias de la CNMV para solicitar del ICAC el control técnico o, al menos, para verificar los informes de auditoría de las cuentas anuales como órgano supervisor.

En este sentido, la Disposición Final Primera de la LAC debe descartarse: por una parte, el párrafo primero, porque realiza una referencia general a las entidades supervisoras y a las relaciones que puedan establecerse entre éstas y los auditores<sup>(23)</sup>, pero no dispone de forma clara cual ha de ser la actuación de la entidad supervisora respecto a los informes de auditoría y a la solicitud de control técnico y, por otra parte, el párrafo final de la misma Disposición Final, porque se refiere al supuesto contrario, es decir, a la obligación de los auditores de dirigirse a, entre otras entidades supervisoras, la CNMV.

---

(22) Al respecto, ver el artículo 84 de la Ley del Mercado de Valores de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

(23) El párrafo primero de la Disposición Final Primera se refiere a la coordinación entre los órganos o Instituciones Públicas con competencias de control o inspección sobre empresas o entidades que se han de someter a auditoría de cuentas y los auditores de éstas.

Sin embargo, en el supuesto planteado en la Sentencia que se comenta, se supone que existe una competencia por parte de la CNMV para verificar los informes de auditoría e, incluso, para solicitar el control técnico del ICAC<sup>(24)</sup>.

Al respecto debe señalarse que si se trata de esta primera posibilidad, es decir, de que la CNMV tenga competencia para verificar los informes de auditoría y, en consecuencia, pudiera solicitar del ICAC la iniciación del control técnico en virtud del juego del artículo 66 del RAC en relación con el párrafo primero de la Disposición Final Primera de la LAC, nos encontramos en presencia del artículo 27 de la Ley del Mercado de Valores. En el supuesto de que se tratara de la segunda posibilidad, es decir, de que la CNMV tuviera competencias expresas para solicitar del ICAC la iniciación del control técnico, nos encontraríamos en presencia del artículo 12 del Real Decreto 291/1992 y, en ese caso, quiere decirse que la sociedad auditada había procedido, bien a una emisión de valores, bien a una oferta pública de venta de valores.

En el citado artículo 27 de la Ley del Mercado de Valores, en su párrafo segundo, se establece que la CNMV verificará que la auditoría exigida cumple los requisitos establecidos, procediendo, en caso afirmativo, a incorporarla al correspondiente registro oficial previsto en el artículo 92 y, en otro caso, a requerir dicho cumplimiento.

El segundo precepto citado, es decir, el artículo 12 del Real Decreto 291/1992, establece que “excepcionalmente, si la Comisión Nacional del Mercado de Valores apreciara la posible inobservancia en los informes de auditoría de la legislación en materia de auditoría de cuentas o de las normas técnicas de auditoría, se dirigirá al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas para que, en el plazo de dos meses, realice el oportuno control técnico del informe de auditoría, quedando entre tanto en suspenso el trámite de registro de la emisión. Si el Instituto formulara reparos al informe de auditoría, la Comisión Nacional del Mercado de Valores bien requerirá al emisor a que subsane los errores advertidos, bien no registrará los informes, en cuyo caso lo pondrá en conocimiento del emisor, de forma motivada.

Al respecto debe señalarse que tanto fuera de aplicación el primer precepto como el segundo, en ambos casos la función de la CNMV consiste en verificar que, en primer lugar, se aportan los informes de auditoría según el supuesto y, en segundo lugar, que éstos cumplen formalmente con los requisitos, es decir, que aparentemente son correctos. En efecto, ni siquiera el artículo 12 del RD

---

(24) El párrafo final de la Disposición Final Primera se refiere a las obligaciones de los auditores de las entidades sometidas a supervisión respecto de las entidades supervisoras. Al respecto ver AMESTI MENDIZÁBAL, C., “Consideraciones sobre las especialidades de la auditoría de las sociedades cotizadas”, en AA.VV., *Estudios en Homenaje al Profesor Sánchez Calero*, en imprenta.

291/1992 que, desarrollando el párrafo primero de la Disposición Final Primera de la LAC, es el precepto que ofrece de forma más clara que ningún otro precepto la facultad de la CNMV respecto a los informes de auditoría y que, incluso, prevé que ésta acuda al ICAC para solicitar el control técnico, podría interpretarse en el sentido de que la CNMV haya de realizar una auditoría del informe de auditoría. En consecuencia, debe manifestarse que el hecho de que la CNMV no haya solicitado del ICAC el control técnico correspondiente no convalida dicho informe si éste no fuera correcto.

En efecto, la interpretación del artículo 12 del RD 291/1992 en el sentido de que la CNMV tiene la obligación de “reauditar” y comprobar la corrección del informe, realizando una especie de auditoría de la auditoría (tarea que le corresponde al ICAC), constituye un absurdo desde el punto de vista de la práctica y supondría una concurrencia de las responsabilidades de los auditores y de la CNMV en el supuesto de que en un momento posterior se realizara un control técnico por el ICAC y éste resolviera que procede abrir un expediente sancionador que terminara con la imposición de una sanción e, incluso en su caso, se derivara una responsabilidad civil por los daños producidos. Esta última conclusión no cabe realizarse, ya que conforme al artículo 92 *in fine* de la Ley del Mercado de Valores, “*la incorporación a los registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de los informes de auditoría (...) sólo implicará el reconocimiento de que aquéllos contienen toda la información requerida por las normas que fijen su contenido y en ningún caso determinará responsabilidad de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por la falta de veracidad de la información en ellos contenida*”.

Con ello quiere ponerse de manifiesto que la alegación realizada por los auditores, y acogida por el Tribunal Supremo, en el sentido de que el informe de auditoría había sido presentado a la CNMV, y que ésta no había objetado ni manifestado nada en contra del mismo, no es una garantía de la fiabilidad, de la corrección o de la bondad de dicho informe, sino tan sólo de que el informe de auditoría, así como el resto de los documentos contables enviados a la Comisión, presentan los requisitos formales externos o, dicho en los términos legales del artículo 92, que la CNMV reconoce que los informes “contienen toda la información requerida por las normas” aplicables.

En efecto, un estudio en mayor profundidad del artículo 12 del R.D. 291/1992 no podría llevarnos a otra conclusión<sup>(25)</sup>. El citado precepto constituye, como ya se ha señalado, un desarrollo del juego del artículo 66 del RAC y

---

(25) Ver AMESTI MENDIZÁBAL, C., “Sección IV. De los informes de auditoría”, en AA.VV., *Régimen Jurídico de las emisiones y ofertas públicas de venta (OPVs) de valores. Comentario sistemático del Real Decreto 291/1992*, dirigido por Fernando Sánchez Calero, Madrid, 1995, p. 304, donde se examina el artículo 12 del citado Real Decreto.

de la Disposición Final Primera de la LAC, lo que faculta a la CNMV de forma directa y privilegiada respecto de otras partes legalmente interesadas, para que pueda solicitar del ICAC el correspondiente control técnico, sin necesidad de que pruebe y demuestre “los hechos denunciados” y de que especifique “la normativa vulnerada”. No obstante, esta afirmación debe atemperarse con la expresión “excepcionalmente” con la que se inicia el artículo 12 del citado R.D. 291/1992 y con la exigencia de que aprecie “la posible inobservancia” en materia de auditoría de cuentas o de las normas técnicas de auditoría. Con ello quiere resaltarse que a la CNMV no le compete establecer la veracidad y corrección del informe de auditoría de las entidades sometidas a su supervisión, ni ha de realizar un control exhaustivo de los informes de auditoría. En consecuencia, el hecho de que la CNMV haya admitido el informe de auditoría o que no lo haya rechazado no implica, en absoluto, que el informe es correcto y veraz, sino tan sólo que cumple los requisitos formales. En efecto, establecer la veracidad y corrección del informe de auditoría corresponde al ICAC, que habrá de determinarlo a través del correspondiente control técnico.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

La sentencia del Tribunal Supremo que ha sido objeto del presente comentario, como ha podido observarse, no puede considerarse con carácter general una resolución acorde con la interpretación que, a nuestro juicio, debe realizarse de la Ley de Auditoría de Cuentas y del Reglamento que la desarrolla. El fallo dictado por el Alto Tribunal a favor de la entidad auditora quizá pueda justificarse en argumentos propios del Derecho Administrativo y, en particular, del recurso que solicitaba la suspensión del acto impugnado. Sin embargo, el citado Tribunal, como ya se ha señalado en líneas anteriores, finaliza el Fundamento Quinto manifestando que la Sala de Instancia se pronunció respecto a la sanción administrativa recaída ante la conducta de la entidad auditora y a la ausencia de intencionalidad y culpabilidad de ésta en la conducta concreta que se juzga; decisión de la Sala que el Tribunal Supremo ratifica en la Sentencia que comentamos. Por ello, nos sorprende más aún la interpretación que ha realizado el Alto Tribunal de los preceptos de la LAC y el RAC que se mencionan en su resolución.

Al respecto, debe señalarse que los tres argumentos aportados por el Tribunal Supremo en la Sentencia no gozan, a nuestro juicio, de un apoyo jurídico sustentado en el articulado de la LAC y del RAC, de modo que, aun cuando han sido mencionados algunos preceptos de dichos textos, éstos no han sido examinados, ni sometidos a una interpretación rigurosa. En este sentido, el Alto Tribunal no ha entrado en el examen de los preceptos que menciona, ni los ha relacionado con otros preceptos que los desarrollan; de modo que en relación a

los argumentos de interés para este comentario, es decir, los fundamentados en la LAC y el RAC, parece que ha asumido como propias las consideraciones realizadas por la Sala de Instancia; lo cual no puede llevarnos a afirmar si la resolución en su conjunto es justa o no lo es, pues los argumentos de carácter administrativo y procesal, facilitados en el resto de los Fundamentos que no han sido examinados en el presente estudio, pueden apoyar el sentido del fallo del Alto Tribunal.

---

# NOTICIAS

---

# **1. LA LEY FRANCESA N.º 2001-420 DE 15 DE MAYO DE 2001 “RELATIVA A LA NUEVA NORMATIVA EN MATERIA ECONÓMICA” (JO DE 16 DE MAYO DE 2001) Y LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR ELLA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES**

## **I. El significado de la Ley francesa n.º 2001-420, de 15 de mayo, relativa a la nueva normativa en materia económica**

La reciente publicación de esta Ley y las novedades que la misma aporta en materia de sociedades, aunque no sólo, ha parecido una razón más que oportuna para proceder a un comentario de urgencia que aporte un conocimiento inmediato sobre lo que constituye su contenido esencial en el aspecto citado.

La Ley n.º 99-1071, de 16 de diciembre de 1999, habilitó al Gobierno francés para poder regular a través de ordenanzas determinados códigos, entre los que se encuentra el Código de Comercio, mediante una nueva ordenación sistemática de la materia legal correspondiente. En cumplimiento de la citada Ley se promulgó la Ordenanza n.º 2000-912, de 18 de septiembre de 2000, que ha sido la encargada de dar vida al nuevo Código de Comercio que sustituye así al anterior Código de Comercio de 1807 que se deroga junto a otras numerosas disposiciones de gran trascendencia en materia mercantil.

La técnica de la codificación viene de esta manera a tener paradójicamente presencia en un momento en el que no sólo el método codificador, sino también incluso la misma idea de normar se encuentra debilitada frente a la presencia del embate de una ideología desreguladora en el ámbito de las instituciones y de las relaciones comerciales.

Es cierto, no obstante, que el nuevo Código de Comercio no es ahora el resultado de una ideología que persigue la alteración radical de una situación existente, tal y como lo fue el anterior con su finalidad antiestamental y de plasmación de un esfuerzo racionalista que reflejase la idea de un predominio del Estado y de la ley frente a otras fuentes de producción y de manifestación del derecho. Se trata ahora más bien de un intento de reorganizar sistemáticamente bajo un texto codificado el desajuste que el transcurso del tiempo había producido en el viejo Código de Comercio.

Las razones que han fundamentado la presencia del reciente Código de Comercio no carecen, sin embargo, de importancia. El proceso de descodificación que se había venido produciendo tuvo como consecuencia el sacar del

texto codificado materias de enorme trascendencia para la vida económica en función de la necesidad de su regulación bajo nuevas técnicas jurídicas y nuevos principios, pero que lo vaciaron de contenido aunque formalmente las nuevas disposiciones viniesen a encontrar su sede en el propio Código en la mayoría de los casos. El mero desarrollo del proceso económico supuso a su vez la necesaria aparición de multitud de leyes especiales que contemplaban nuevas figuras jurídicas. Todo ello tenía como consecuencia el que la materia mercantil hubiera perdido en gran parte la coherencia sistemática con la que antes se presentaba en su articulación codificada, ofreciendo ahora una gran dispersión legislativa que a veces llevaba consigo incluso una falta de armonía legislativa de conceptos entre las diversas instituciones reguladas. La idea de acabar con este orden de cosas es la que fundamentó el esfuerzo realizado por la reciente Ordenanza de 18 de septiembre de 2000 que da vida a un nuevo Código de Comercio cuyo contenido tiene casi por completo su apoyo en un precedente proyecto de ley del año 1993.

El actual texto codificado obedece, como indica el informe presentado al respecto al Presidente de la República, al principio de *droit constant*, mediante el que se pretende recoger el derecho ya existente, pero sin añadir otras modificaciones que las impuestas por la jerarquía normativa, la coherencia entre los textos recogidos y la armonización del estado actual del derecho que exige su adecuación a la realidad mediante la supresión de aquellas normas e instituciones que han devenido obsoletas con el tiempo. El texto elaborado se compone ahora de nueve libros, entre los que no se incluye la materia referida a los tribunales de comercio, pero se añade uno con un nuevo contenido referido a los territorios de ultramar.

De manera inmediata en el tiempo y casi poniendo en evidencia la función y finalidad del reciente Código de Comercio, se ha publicado la importante **Ley n.º 2001-420, de 15 de mayo de 2001, “relativa a la nueva normativa en materia económica”** (en el texto original es denominada como *relative aux nouvelles régulations économiques*) que mediante modificaciones del texto codificado, e incluso con la introducción de institutos nuevos, afecta de forma importantísima, aunque no sólo, a la materia recogida en él.

La nueva Ley (conocida por las siglas LNRE) se divide en tres partes diferenciadas por su diverso contenido, de la manera que se expone, pero del que aquí sólo nos ocuparemos de la parte referida al derecho de sociedades y, básicamente, en cuanto que afecte al régimen de los diversos tipos societarios. La primera parte, sobre “regulación financiera”, y que modifica esencialmente, o añade, preceptos del “código monetario y financiero”, se ocupa del régimen de las ofertas públicas de compra o venta, de los poderes de las autoridades encargadas de la regulación monetaria y financiera, de la composición y el

funcionamiento de dichas autoridades, de diversas disposiciones de carácter técnico y del perfeccionamiento de la lucha contra el blanqueo del dinero proveniente de actividades delictivas organizadas (artículos 1 a 47). La segunda parte, sobre “regulación de la concurrencia”, afecta a la moralización de las prácticas comerciales, a la lucha contra las prácticas anticoncurrenciales, al control de las concentraciones económicas y al cine y a la comunicación audiovisual (artículos 48 a 98), añadiendo o modificando preceptos, básicamente a la materia correspondiente del Libro IV del Código de Comercio que norma la libertad de precios y la concurrencia”. Finalmente, la tercera parte de la Ley se denomina “la regulación de la empresa” y consta de dos títulos, referido el primero al derecho de sociedades mercantiles (artículos 99 a 137) y que básicamente modifica o añade preceptos al Libro II del Código de Comercio, denominado “Sociedades Mercantiles y Agrupaciones de Interés Económico” (artículos 210 a 252-13), y un segundo título que contiene “disposiciones relativas al sector público” (artículos 138 a 144) y que modifica diversas normas ordenadoras del mismo.

## **II. Información sobre los aspectos básicos que ofrece la nueva LNRE en materia de sociedades**

Del conjunto del contenido ofrecido por la citada nueva Ley de 15 de mayo de 2001 sólo se hace aquí una referencia informativa de urgencia de los que se juzgan los **aspectos fundamentales de la misma en materia de sociedades**, y que vienen recogidos en el anteriormente citado título primero de la tercera parte de la Ley que se analiza.

A estos efectos informativos, se ha preferido ofrecer un panorama del heterogéneo contenido de la LNRE mediante su ordenación por materias, en cuanto que se juzga que este criterio proporciona una más clara visión sistemática del contenido de la Ley que el que hubiera proporcionado un seguimiento meramente ordinal de sus preceptos.

**1. Una primera modificación afecta al régimen de las sociedades por acciones simplificadas (SAS)** creadas por la Ley n.º 94, de 3 de enero de 1994, con la finalidad de ofrecer una estructura más ágil que la ofrecida por el régimen general aplicable a las sociedades anónimas a fin de que se posibilitara la utilización de una estructura societaria más flexible a aquellas empresas que persiguieran utilizarla para la gestión de filiales comunes. Se constituyó así un nuevo tipo societario sobre una base más contractualista en el que el aspecto negocial y la libertad de su configuración desplazaban en gran parte el modelo coactivo más institucional con el que la estructura normativa de la SA se presenta, si bien reservándolo sólo para las personas jurídicas. Este aspecto fue posteriormente potenciado por la Ley n.º 99, de 12 de julio de 1999, que abrió la

utilización de las SAS a las personas físicas y que permitió su configuración incluso como sociedad unipersonal. Todas estas circunstancias se encuentran hoy contempladas en el régimen con el que el nuevo Código de Comercio las regula (artículos 227-1 y ss.) y en el que la LNRE introduce algunas modificaciones aunque de forma no muy sistemáticamente recogidas.

La nueva Ley afecta en primer lugar al régimen de constitución de las SAS en lo que se refiere a su modalidad de **creación mediante transformación**, al extender a la misma la necesidad de que uno o varios comisarios valoren el conjunto de los bienes que componen el activo social de la sociedad que se transforma, al igual que se exige si la sociedad que se transformase en otra es una SAS (artículo 100 de la LNRE, modificando el artículo 224-3 del Código de Comercio). Así mismo, cuando se trata de la transformación de una SAS en otro tipo, se ha suprimido la exigencia de una permanencia mínima de dos años desde su constitución que se le venía aplicando por aplicación subsidiario del régimen de la SA. Se excepciona ahora su aplicación en este punto, añadiéndose a los supuestos que ya lo venían siendo en materia de acciones y de órganos (artículo 101 de la LNRE, que modifica el artículo 227-1 del Código de Comercio).

Las SAS se han visto también afectadas como consecuencia de la modificación introducida por la LNRE en la Ley n.º 90-1258, de 31 de diciembre de 1990, que creó las **sociedades de ejercicio liberal** (SEL), al permitir que junto a las ya admitidas SEL con tipología de sociedad anónima (SELAFA), de sociedad de responsabilidad limitada que pueda tener incluso un solo socio (SELARL) o comanditaria por acciones, puedan aquellas también constituirse bajo la tipología de sociedades por acciones simplificadas (SELAS) (artículo 130 de la LNRE).

2. El contenido de la LNRE adquiere también trascendencia con respecto a las modificaciones que ofrece referentes al **equilibrio de poderes y al mejor funcionamiento de los órganos directivos de la sociedad anónima** (artículos 104 a 110); básicamente como consecuencia de la introducción de medidas que conllevan una mayor agilización de los mismos, una clarificación en la organización de sus competencias, la introducción de nuevas figuras y la potenciación de una mayor dedicación de sus miembros al ejercicio de sus funciones.

En el sentido indicado de procurar una mayor agilidad de funcionamiento de los órganos, la LNRE ha procedido en primer lugar a **reducir el número máximo de miembros** que pueden tener alguno de los órganos de dirección de la SA, partiendo del mantenimiento que el Código de Comercio había hecho de las dos modalidades admisibles de consejo de administración, o directorio y consejo de vigilancia (artículos 225-17 y ss.; 225-57 y ss.). En función de esa mayor flexibilidad se disminuye el número máximo de miembros que pueden

componer el consejo de administración o el de vigilancia, de forma que el tope queda establecido en dieciocho consejeros (antes veinticuatro), salvo para concretas situaciones exceptuables, tal y como puede ser el supuesto de fusiones en las que se permite un máximo de veinticuatro (antes treinta) si bien durante un tiempo limitado (artículo 104 de la LNRE que afecta a los artículos 225-17; 225-69 y 225-95 del Código de Comercio).

La LNRE ha procedido asimismo a **clarificar la imprecisión con la que el Código de Comercio atribuía las competencias propias de la dirección general** de una SA, que correspondían al presidente del consejo de administración (225-47) y por las que representaba a la sociedad frente a terceros, aunque estando ambas figuras (presidente y consejo) “investidas de los más amplios poderes” (artículos 222-35 y 225-51) en lo que parecía una equiparación en este aspecto de competencias frente a terceros. El presidente, a su vez, podía proponer al consejo de administración el nombramiento de una o dos personas que le asistieran y que actuaban bajo la denominación de “directores generales” en el ámbito de delegación que se les hubiera hecho aunque frente a terceros disponían de los mismos poderes que el presidente (artículos 225-53).

En este sentido clarificador, la LNRE ha precisado cuáles son las funciones del consejo de administración, estableciendo que detenta con carácter general las facultades de determinar la orientación de la sociedad y de vigilar su desarrollo, así como la de ocuparse de todos aquellos aspectos que afecten a la buena marcha de la sociedad decidiendo por acuerdo sobre los aspectos que la conciernan, al igual que la posibilidad de proceder a los controles y verificaciones que estime oportunos (artículo 106 LNRE que modifica el artículo 225-3 del Código de Comercio) con respeto a las competencias propias de la junta general y dentro del ámbito del objeto social. Todo ello además de las funciones que el Código de Comercio le atribuye a lo largo de su articulado de forma concreta aunque asistemizada.

La LNRE delimita igualmente de manera más clara las competencias del presidente del consejo de administración, que incluye en principio las que son las funciones propias de una dirección general por las que representa orgánicamente a la sociedad para actuar en su nombre frente a terceros. Y ello al margen de las competencias de carácter interno para organizar y dirigir la actividad del consejo de administración, vigilar el funcionamiento de los órganos de la sociedad y, en particular, el que los administradores estén en condiciones de desempeñar adecuadamente sus funciones (artículo 106 de la LNRE, modificando el artículo 225-51 e introduciendo un nuevo artículo 225-51-1 en el Código de Comercio). Ahora bien, el presidente puede estar asistido de un **“director general” para el que se articulan unas nuevas competencias** que le configuran como un instituto diferente del anteriormente, también, llamado director gene-

ral por el Código de comercio, en cuanto que se le puede atribuir bajo su responsabilidad la dirección general de la sociedad y en virtud de la cual está investido de los más amplios poderes para actuar en cualquier circunstancia en nombre de ella (artículo 106 de la LRNE, que introduce un nuevo artículo 225-51-1, y artículo 107, que modifica el anterior artículo 225-56 del Código de Comercio). Con estas modificaciones se articula la posibilidad de realizar, si se estima conveniente, una separación y reparto de funciones, por la que el presidente se ocupe esencialmente del ámbito interno de la actividad de la sociedad, mediante la organización y control del consejo de administración, mientras que la nueva figura del director general actúe en funciones de una estricta representación orgánica.

La LNRE ha procedido así a clarificar la división de funciones y de órganos, señalando claramente que la dirección general se asume bajo su responsabilidad, sea ya por el presidente, sea ya por otra persona física denominada director general, en función de la elección que a este respecto puede llevar a cabo el consejo de administración en las condiciones señaladas por los estatutos de la sociedad. Teniendo presente que si la dirección general es asumida por el presidente se le aplicaran a él las disposiciones pertinentes aplicables al director general (artículo 106 de la LNRE, que introduce un nuevo artículo 251-1 en el Código de Comercio).

Simultáneamente a estas modificaciones la LNRE ha introducido **la nueva figura del “director general delegado”**, que realmente se corresponde con lo que en el Código de Comercio se denominaba anteriormente director general. El director general delegado, que puede ser más de uno si lo indican los estatutos, es nombrado por el consejo de administración a propuesta del director general, y es revocable por el consejo en cualquier momento. Tiene como función esencial la de asistir a aquél y para el desempeño de sus funciones detentan las facultades que le puedan haber sido delegadas por el consejo de administración de acuerdo con su director general, aunque a efectos de seguridad del tráfico goce frente a los terceros de los mismos poderes que él (artículo 107 de la LNRE, básicamente en cuanto que modifica los artículos 225-53 y 225-56 del Código de Comercio, si bien produce además múltiples modificaciones dirigidas fundamentalmente a producir una coordinación terminológica entre los múltiples artículos afectados por la nueva configuración de las figuras indicadas). En lo que se refiere al régimen legal que le es aplicable, la LNRE ha introducido en el sistema de las sociedades anónimas configurado por el Código de Comercio un estatuto legal que, salvo aspectos específicos, es el establecido para los directores generales a cuyos preceptos se remite (artículo 107 de la LRNE, que introduce un nuevo Capítulo VIII, sobre “disposiciones concernientes a los directores generales delegados de las sociedades anónimas, en el Título IV del Libro II referido a las sociedades mercantiles).

Como complemento a las modificaciones introducidas por la LNRE en materia de equilibrio y funcionamiento de los órganos conviene hacer también una referencia a la **reducción de la limitación del cúmulo de mandatos** que se pueden desempeñar simultáneamente por los portadores de los órganos de dirección de una SA y con independencia de cuál fuera la modalidad de administración elegida por aquélla (artículo 110 de la LNRE, que modifica los artículos 225-21, 225-54-1, 225-67, 225-77225-94 del Código de Comercio).

La LNRE ha procedido a reducir el número máximo de cargos que pueden ser simultáneamente ejercidos por una persona física tanto para los miembros del consejo de administración como del consejo de vigilancia que descienden de ocho a cinco, al igual que ha sucedido con respecto a las personas que ejerzan las funciones de miembro del directorio o de director general único que se reducen de dos a uno, y a la vez que se extiende el régimen de las limitaciones a la figura del director general que asiste al presidente del consejo de administración que no puede acumular más de un solo cargo de tal. El régimen de limitaciones al cúmulo de cargos se aplica también a la posibilidad del ejercicio simultáneo de los cargos citados cuando éstos son de carácter heterogéneo.

Como reforzamiento a las limitaciones citadas y en defensa de conseguir una mayor dedicación al puesto de dirección que se ejercita, se ha limitado asimismo el número de excepciones antes existentes, de forma que ahora éstas quedan prácticamente reducidas al supuesto de que el cargo se ejerza también en sociedades controladas por la sociedad principal en la que detentan alguno de los cargos afectados (entendido el control en el sentido establecido por el Código de Comercio, artículo 233-16, para la exigencia de una contabilidad consolidada).

La potenciación de una real dedicación de los miembros de los diversos órganos posibles de dirección en la SA se refuerza también mediante la **aceptación legal de las novedades técnicas** como medio para manifestar su voluntad. Así, salvo disposición contraria de los estatutos, el reglamento interno de una SA puede prever que los administradores y los miembros del consejo de vigilancia puedan ser tenidos como presentes, para la adopción de determinados acuerdos, cuando lo hacen mediante videoconferencia (artículo 109 LNRE que modifica los artículos 225-37 y 225-82 del Código de Comercio).

**3. Se ha potenciado el funcionamiento de la junta general** de la SA mediante el reforzamiento de alguna de sus competencias, como es la de revocar a los miembros del directorio o del director general que antes requería hacerse a propuesta del consejo de vigilancia, y que ahora está habilitado con tales competencias sólo si los estatutos lo prevén (artículo 108 de la LNRE, que modifica el artículo 225-61 del Código de Comercio).

En el sentido indicado y en aras de una mayor participación del accionariado en la vida de la sociedad, se intenta **potenciar el funcionamiento real de la junta general** mediante la supresión de la posibilidad de que los estatutos pudieran establecer un número mínimo de acciones para poder participar en las juntas ordinarias (artículo 115 de la LNRE, que deroga el artículo 225-112 del Código de Comercio), en consonancia con lo ya preceptuado en el Código de Comercio cuando estableció que todo asociado tiene derecho a participar en las decisiones colectivas (artículo 1.844). La **introducción de las novedades técnicas** en el auxilio de un perfeccionamiento del funcionamiento de los órganos de la SA es, junto a las modificaciones técnico-jurídicas, abordada también por la reciente LNRE para potenciar la función real de la junta general. Esta atención se pone de relieve al posibilitar, que, si los estatutos lo prevén, se reputen como presentes para el cálculo de quórum y de mayoría los accionistas que participen en la junta mediante videoconferencia o por algún medio de telecomunicación que permita su identificación (artículo 109 de la LNRE, que modifica el artículo 225-7 del Código de Comercio).

En conexión con el esfuerzo para un mejor funcionamiento de la junta es finalmente digno de resaltar el reforzamiento de la **atención prestada a los accionistas minoritarios** por la LNRE (artículo 114), para los que se reduce el porcentaje necesario de capital (del 10 al 15%) para poder solicitar ante los tribunales la recusación de los comisarios de cuentas nombrados por la junta general (modificando el artículo 225-232 del Código de Comercio), para poder solicitar respuesta sobre alguna operación de gestión llevada a cabo por la sociedad (modificando el artículo 225-231 del Código de Comercio) o para formularlas por escrito al presidente del consejo de administración o al directorio cuando afecten a hechos que puedan comprometer la continuidad de la explotación (modificación del artículo 225-232 del Código de Comercio), y para pedir la sustitución en sus funciones de los comisarios en caso de delito o existencia de impedimento para el ejercicio de sus funciones (artículo modificando el artículo 225-233 del Código de Comercio).

4. La LNRE ha supuesto también un claro **perfeccionamiento de la información y de la transparencia en el ámbito del derecho de las sociedades mercantiles**, que afecta a diversas figuras que se contemplan en diferentes lugares de su articulado, pero sin que este aspecto tenga un tratamiento sistematizado.

La potenciación de la información se pone de relieve en el establecimiento del derecho que tienen los diversos legitimados a ella en diferentes supuestos del régimen de la SA y de la SRL para **solicitar judicialmente por un procedimiento abreviado** que se inste a hacerlo a los que estaban obligados a proporcionarla y no la dieron, o bien para poder solicitar recibirla a través de un

mandatario judicial para que proceda a ello (a estos efectos el artículo 122 de la LNRE completa el título III del Libro II, sobre sociedades mercantiles del Código de Comercio, con un nuevo capítulo VIII denominado *Des injonctions de faire*).

**El derecho de información se refuerza también con respecto a los administradores**, estableciéndolo para todos y cada uno de ellos mediante el derecho a recibir toda la información que juzguen necesaria y a solicitar la documentación que estimen oportuna para el desarrollo de sus funciones. Se consagra así en el texto legal lo que venía siendo un reconocimiento en la práctica de los tribunales a fin de posibilitar una mejor actuación de los administradores y evitar su marginación en la adopción de determinados acuerdos (artículo 106 de la LNRE, que modifica el artículo 225-35 del Código de Comercio).

Son además diversos los preceptos que tienden a teñir la vida social de una mayor transparencia al margen del ya citado refuerzo del derecho de información y que se refieren a muy distintos supuestos.

Así, la transparencia de la vida de la sociedad se potencia mediante la **extensión del derecho de solicitud judicial** para que se inste, a solicitud de cualquier interesado, a los dirigentes de cualquier persona jurídica para **que procedan al depósito en el registro mercantil** de la documentación a la que están obligados (artículo 106 de la LNRE, que introduce un nuevo artículo 123-5-1 en el Código de Comercio).

En esta misma línea de esfuerzo por ofrecer una mayor claridad se procede a dar una nueva redacción a los artículos que configuran el régimen jurídico que contemplan una posible **colisión de intereses en torno a las operaciones realizadas por una SA** con sujetos que puedan tener intereses en la misma y que requieren por ello autorización previa del consejo de administración o del de vigilancia en función de cuál sea la modalidad con la que la SA viene actuando (artículo 111 de la LNRE, que modifica los artículos 225-38 y 225-86 del Código de Comercio).

En este aspecto se ha procedido a dos modificaciones esenciales, posibilitando mediante una de ellas el que se amplíe el número de sujetos afectados por esta técnica de prevención de conflictos de intereses, y con la otra el que se reduzcan los supuestos excepcionables.

El número de sujetos ahora afectados se extiende no sólo, como hasta ahora, a los administradores, directores generales, miembros del directorio o del consejo de vigilancia, sino también a la nueva figura del director general delegado, a los socios que detentan un derecho de voto superior al 5% y a la, en

su caso, sociedad dominante. Al igual que se extiende a aquellas empresas en las que algún sujeto de los indicados ocupase cargos similares en ella, o simplemente fuera un dirigente de la misma. Y como complemento de este aumento de los sujetos afectados se produce simultáneamente una disminución de la libertad para celebrar las denominadas “operaciones corrientes y celebradas en condiciones normales”, en cuanto que para éstas se requiere ahora una comunicación por los sujetos interesados al presidente del consejo de administración o al del consejo de vigilancia, para que a su vez procedan a ponerlo en conocimiento de los miembros de sus respectivos órganos y de los comisarios de cuentas.

El esfuerzo por proceder a una clara **identificación de los accionistas** que operan en la sociedad ha sido otro de los objetivos perseguidos por la LNRE en su afán de potenciar la transparencia en régimen de funcionamiento de la SA (artículo 119).

La desmaterialización de los valores mobiliarios por la Ley de 30 de diciembre de 1981 supuso una alteración en el ámbito societario de la función que cumplía la división de aquellos entre títulos al portador y títulos nominativos al desvirtuarse su finalidad. La alteración se produce como consecuencia de la función que la inscripción de los valores en el registro de anotaciones en cuenta cumple ahora a efectos de legitimación de su titular y de su transmisión (al margen de que los valores al portador hayan quedado limitados para las sociedades que cotizan en mercados reglamentados), y que posibilita el que su propietario sea conocido mediante la correspondiente solicitud a los intermediarios colaboradores en la llevanza de los registros por las sociedades afectadas (son los denominados “títulos al portador identificables”).

La presencia, sin embargo, de sujetos que sólo eran propietarios aparentes por ser realmente intermediarios fiduciarios hacía necesaria una reforma de la legislación que posibilitara conocer la verdadera identidad de los propietarios. En esta dirección se puede sostener que son dos las actuaciones básicas sobre las que el legislador ha procedido:

Se establece, en primer lugar, que los valores mobiliarios emitidos por sociedades por acciones pueden ser nominativos o al portador pero han de estar inscritos en el registro de anotaciones en cuenta a nombre de su propietario. No obstante, un intermediario los puede detentar por cuenta del verdadero propietario si éste no tiene su domicilio en Francia y están admitidos a cotización en un mercado reglamentado, si bien existe para aquél la obligación de declarar su condición de intermediario.

Y, en segundo lugar, para posibilitar la verdadera identificación de los propietarios de los títulos al portador se posibilita que la sociedad emisora, si lo

prevén los estatutos, pueda solicitar del organismo encargado de la compensación de títulos los datos identificadores de los que figuran como titulares de los mismos. Y si éstos revistieran la cualidad de intermediarios están obligados a desvelar la verdadera identidad de los propietarios de forma similar a cuando se trate de un intermediario de títulos nominativos.

La potenciación de las competencias de la junta general de la SA lleva consigo también en algún caso el refuerzo de la transparencia mediante la atribución de la capacidad de un mayor control sobre otros órganos de la misma. Éste es el caso de la exigencia de que el informe de gestión que el consejo de administración o, en su caso, el directorio han de presentar ante aquélla, contenga ahora la exigencia de presentar una **información completa sobre la remuneración total y las ventajas de toda naturaleza recibidas por los miembros de los órganos de administración** de una SA, o de las sociedades controladas por ella, así como de las actividades y funciones desarrolladas por cada uno de ellos (el artículo 116 de la LNRE introduce a estos efectos un nuevo artículo 225-102-1 en el Código de Comercio). Se acaba así con la opacidad tradicional que han venido teniendo las percepciones recibidas por los dirigentes de las SA y la justificación sobre las que las mismas descansaban.

En relación con los valores y en función de ofrecer una más clara transparencia a los mercados organizados donde se cotizan, se establece junto a la obligación, ya existente, de comunicar al Consejo de los Mercados Financieros la existencia entre socios de toda **cláusula de un convenio que prevea condiciones preferenciales de adquisición o cesión** de un número relevante de acciones (que represente el 0,5% del capital o de los derechos de voto), bajo la sanción civil de la suspensión de sus efectos con desvinculación de sus obligaciones para las partes de sus obligaciones durante los períodos de oferta pública (artículo 1 de la LNRE, que modifica el artículo 233-11 del Código de Comercio). En esta idea de ofrecer una mayor claridad sobre los activos emitidos por una sociedad, puede también citarse la exigencia, junto a las otras obligaciones legales ya existentes, de que toda sociedad por acciones que desee **emitir obligaciones** deba de efectuar una verificación previa del pasivo y del activo por un experto siempre que no hubiera realizado dos balances aprobados por sus accionistas (artículo 102 de la LNRE, que introduce esta modificación en el artículo 228 del Código de Comercio).

Pero esta finalidad de establecer una mayor transparencia en el ámbito de las sociedades encuentra probablemente su mayor relevancia en la regulación que la LNRE ofrece con respecto a los **comisarios de cuentas** y a su función controladora. A estos efectos **la LNRE establece un estatuto** en el Código de Comercio (mediante el artículo 113 se crea un nuevo título II en el Libro VIII referido a algunas profesiones reguladas) que generaliza su aplicación a todas

las personas jurídicas mediante remisión de los preceptos del régimen de las sociedades anónimas referidos a los requisitos que les son exigibles para valerse de tal titulación, y al ejercicio de sus funciones (artículos 225-218 a 225-242).

Como complemento de esa remisión general se establece un cuadro específico de sanciones aplicables de un lado a los sujetos que utilicen el título de comisario o similar sin haber cumplido los requisitos pertinentes para su utilización (nuevo artículo 820-5 del Código de Comercio), o lo hagan de manera indebida (nuevo artículo 820-6 del Código de Comercio); y de otro lado aplicables a los dirigentes de las personas morales que, estando obligadas, no provoquen la designación del comisario, no le convoquen debidamente o pongan obstáculos a su función (nuevo artículo 820-7).

**5.** La LNRE ha procedido finalmente a introducir una serie de preceptos tendentes a posibilitar un mejor control de los **grupos de sociedades** (artículo 120), que afectan a disposiciones dispersas del Código de Comercio, y especialmente al Capítulo III “sobre filiales, participaciones y sociedades controladas”, del Título III, sobre disposiciones comunes a las diversas sociedades mercantiles, del libro II sobre sociedades mercantiles. Las novedades de mayor significación, a alguna de las cuales ya se ha hecho referencia con anterioridad, pueden reducirse a las siguientes:

— A los negocios celebrados entre una sociedad y la sociedad que la controla se les aplica el régimen, al que ya se ha hecho alusión, de operaciones que requieren un control por la posible existencia de conflicto de intereses (artículo 111 de la LNRE, que modifica el artículo 225-38 del Código de Comercio).

— Se ha introducido la necesidad de deliberación y de aprobación por la junta general, en su caso, de las cuentas consolidadas (artículo 118 de la LNRE, que modifica el artículo 225-100 del Código de Comercio).

— Se ha establecido la posibilidad de que los accionistas minoritarios de una sociedad dominante, que representen al menos el 5% del capital, puedan solicitar por escrito cuestiones sobre las sociedades controladas, y a pedir judicialmente, a falta de respuesta, un experto que presente un informe sobre una o varias operaciones de gestión (artículo 114 de la LNRE, que modifica el artículo 225-31 del Código de Comercio).

— Se extiende la aplicación de determinadas secciones del Capítulo III (sobre el suministro de determinadas informaciones y sobre participaciones recíprocas) al supuesto en el que dos o más personas jurídicas actúen concertadamente de tal forma que se pueda considerar que controlan conjuntamente a

otra porque de hecho determinan las decisiones tomadas por las juntas generales de esta última (artículo 120 de la LNRE, que modifica el artículo 233-3 del Código de Comercio).

Como conclusión de lo expuesto se puede concluir afirmando lo llamativo de la inmediatez de la publicación de una ley modificadora del reciente texto legal codificado, si bien es cierto que en el régimen de las sociedades mercantiles contemplado por este último no estuvo presente la idea de introducir modificaciones sustanciales, sino simplemente la de reordenar la múltiple y dispersa legislación existente en la materia.

En todo caso puede decirse que las modificaciones que introduce la LNRE no suponen grandes alteraciones estructurales de la situación legal existente, sino más bien modificaciones dentro del respeto general al marco legal. Ahora bien, no cabe duda de que este conjunto de alteraciones que la LNRE ha introducido en el régimen de las sociedades supone una notable mejora no carente de trascendencia, y que en mucho de los casos no son sólo pequeñas alteraciones aclaratorias sino también la introducción de nuevos institutos.

*Adolfo Sequeira Martín*

## **2. LA DIRECTIVA 2001/34/CE SOBRE LA ADMISIÓN DE VALORES A COTIZACIÓN OFICIAL Y LA INFORMACIÓN QUE HA DE PUBLICARSE SOBRE DICHOS VALORES**

1. En el DOCE de 6 de julio de 2001 (L/184/1 y ss.) se ha publicado la Directiva 2001/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de mayo de 2001 “sobre la admisión de valores negociables a cotización oficial y la información que ha de publicarse sobre dichos valores”. Desde un punto de vista formal, estamos ante una Directiva extensa integrada por 113 artículos y 3 anexos que se distribuyen en ocho títulos referidos a las definiciones y ámbito de aplicación (I), a las disposiciones generales relativas a la cotización oficial de valores negociables (II), a las condiciones especiales relativas a la cotización oficial de valores negociables (III), a las obligaciones relativas a los valores negociables admitidos a cotización oficial (IV), a la publicación y comunicación de informaciones (V), a las autoridades competentes y cooperación entre Estados Miembros (VI), al Comité de contacto (VII) y a las disposiciones finales (VIII).

2. La importancia sistemática de esta Directiva obedece a que ordena las Directivas preexistentes sobre las condiciones de admisión a cotización oficial

y los deberes de información de los emisores de los valores cotizados. Se trata, respectivamente, en cuanto se refiere a las condiciones de admisión y al folleto correspondiente, de las Directivas 79/279/CEE y 80/390/CEE, modificadas por las Directivas 82/148/CEE, 87/345/CEE, 90/211/CEE y 94/18/CEE; y, en cuanto se refiere a la información financiera y política de las sociedades cotizadas, de las Directivas 82/121/CEE y 88/627/CEE (véase nuestro libro sobre *Derecho del Mercado de Valores*, Barcelona 2000, págs. 36 y 37). En consecuencia, el artículo 111 de esta Directiva deroga estas Directivas (ver la parte A del Anexo II), sin perjuicio de mantener los plazos —ya vencidos— de transposición de las mismas (ver la parte B del Anexo II y la tabla de correspondencias del Anexo III).

3. El objetivo inmediato de esta Directiva consiste, según nos dice su considerando 21 en “garantizar que se facilite información suficiente a los inversores”; información que debe ser facilitada en dos momentos: en el inicial de la admisión de los valores a cotización y durante todo el período de cotización (como así señalan los considerandos 24 y 25). Este objetivo inmediato de una política de información adecuada a los inversores persigue un efecto mediano consistente en “mejorar la protección de aquéllos, reforzar su confianza en los mercados de dichos valores y asegurar, de este modo, su buen funcionamiento” (considerando 31). La coordinación de esta política informativa a nivel comunitario pretende favorecer “la interpenetración de los mercados de valores negociables de los Estados Miembros y contribuir, de este modo, a la puesta en marcha de un verdadero mercado europeo de capitales” (considerando 32).

4. Entrando ya en el contenido de la Directiva, el Título I establece su ámbito de aplicación por inclusión y por exclusión. En el primer sentido, la Directiva se extiende no sólo a las sociedades cuyos valores estén admitidos a cotización oficial en una Bolsa comunitaria, sino también a los valores emitidos por terceros Estados, sus entes públicos territoriales o por organismos internacionales de carácter público (considerando 3 y artículos 60 y ss.). En el segundo sentido, los Estados Miembros podrán excluir de la aplicación de las disposiciones de la Directiva sobre condiciones de admisión a los valores negociables emitidos por otro Estado Miembro o por sus entes públicos territoriales y a las participaciones emitidas por organismos de inversión colectiva de tipo no cerrado (artículo 2.2). Además, este tipo de valores no quedan sujetos a las disposiciones sobre el folleto de admisión (artículo 3.2).

5. La regulación sustancial de la Directiva abarca dos aspectos fundamentales: las condiciones que deben cumplir los emisores de valores para que éstos sean admitidos a cotización oficial y los deberes —básicamente informativos— que incumben a dichos emisores en tanto que aquellos valores permanezcan admitidos (artículo 6). El carácter armonizador —o de mínimos— de la

Directiva se contempla al prever, expresamente, que los Estados Miembros puedan supeditar la admisión de valores a condiciones más rigurosas que las previstas en la Directiva o suplementarias a éstas; así como someter a los emisores de valores admitidos a cotización oficial a obligaciones más rigurosas que las contempladas en la misma (artículo 8). También se prevé el establecimiento de excepciones de las condiciones de admisión (artículos 9 y 10).

6. Según reza el título de la Directiva, ésta abarca, en primer lugar, la armonización de las condiciones de admisión de los valores negociables a cotización oficial. Estas condiciones difieren según se trate de acciones, certificados de acciones u obligaciones (artículo 6.1); estando, en todo caso, subordinada dicha admisión a la publicación de un folleto (artículo 20). A la regulación de este folleto de admisión se dedica el Capítulo I del Título III de la Directiva (artículos 20 a 41) que contiene las disposiciones generales sobre el mismo; los casos en que los Estados Miembros podrán permitir a las autoridades competentes una dispensa parcial o total de la obligación de publicar el folleto (v.g., cuando se trate de valores que hayan sido objeto de una emisión pública, una oferta pública de adquisición o una fusión por absorción conforme al artículo 23) o de incluir algunas informaciones en el mismo (v.g. cuando tales informaciones tengan escasa importancia o su divulgación fuera contraria al interés público según el artículo 24); el contenido del folleto en casos especiales (cuando la demanda de admisión a cotización oficial se refiera a acciones ofrecidas con preferencia a los accionistas del emisor ya cotizadas en Bolsa, a obligaciones convertibles, canjeables o combinadas con recibos de depósito, etc., conforme a los artículos 25 y ss.); el sistema de control y difusión del folleto, condicionada a la previa aprobación por las autoridades competentes (artículo 35); la determinación de la autoridad competente; el reconocimiento mutuo del folleto aprobado por las autoridades competentes de un Estado Miembro y los posibles acuerdos con países terceros. La regulación de este folleto de admisión se completa en el Capítulo I del Título V de la Directiva (artículos 98 a 101) que trata de las modalidades y plazos de publicación de dicho folleto y sus complementos y de la comunicación previa a las autoridades competentes de los medios publicitarios que empleará el emisor; y en el Anexo I que establece el “esquema de folleto para la admisión de valores negociables a la cotización oficial en una Bolsa de valores”, distinguiendo según se trate de acciones (esquema A), de obligaciones (esquema B) o de certificados representativos de acciones (esquema C).

7. Según decíamos, las condiciones exigibles para la admisión de valores difieren según el tipo de valor de que se trate. En primer lugar, se establecen las condiciones especiales relativas a la admisión de acciones en el Capítulo II del Título III de la Directiva (artículos 42 a 51) que inciden tanto en la sociedad emisora, a la que se exige regularidad jurídica tanto en su momento constitutivo como en su funcionamiento estatutario, una capitalización bursátil previsible de un millón de euros y la publicación de sus cuentas anuales relativas a los tres

últimos ejercicios; como en las acciones que sean objeto de la solicitud, a las que se exige también la regularidad jurídica, la libre transmisibilidad, la difusión suficiente, etc. En segundo término, se fijan las condiciones especiales relativas a la admisión de obligaciones en el Capítulo III del Título III de la Directiva (artículos 52 a 59) que inciden tanto en la empresa emisora, a la que se exige regularidad jurídica; como en las obligaciones que sean objeto de la solicitud de admisión, a las que igualmente se exige regularidad jurídica, libre transmisibilidad, etc. Asimismo, será preciso que el empréstito del que emanen las obligaciones sea igual o superior a 200.000 euros y que, si se trata de obligaciones convertibles, canjeables o con *warrants*, las acciones a que se refieran hayan sido previamente admitidas a cotización en otro mercado regulado. Por último, se fijan las condiciones especiales relativas a la admisión de obligaciones emitidas por un Estado, por sus entes públicos territoriales o por un organismo internacional de carácter público en el Capítulo IV del Título III de la Directiva (artículos 60 a 63), que consisten, esencialmente, en exigir la libre negociabilidad de aquéllas y a la admisión de todas las obligaciones de una misma emisión.

8. Una vez que los valores hayan sido admitidos en Bolsa, sus emisores deben cumplir una serie de obligaciones armonizadas por el Título IV de la Directiva. Al igual que sucedía con las condiciones de admisión, estas obligaciones difieren según se trate de acciones o de obligaciones. En efecto, las sociedades cuyas acciones sean admitidas a cotización oficial deben cumplir las obligaciones recogidas en el Capítulo I del Título IV de la Directiva (artículos 64 a 77) que inciden, básicamente, en dos aspectos: la garantía de la igualdad de trato por parte de la sociedad emisora a sus accionistas que se encuentren en condiciones idénticas (artículo 65) y los deberes de información que incumben a estas sociedades y que afectan a las modificaciones de sus escrituras constitutivas o de sus estatutos (artículo 66), a sus cuentas anuales e informes de gestión (artículo 67), a los hechos significativos para la cotización de sus acciones (artículo 68); con especial atención al informe semestral sobre su actividad y sus resultados (artículos 70 a 77). En segundo término, en el Capítulo II del Título IV de la Directiva (artículos 78 a 84) se regulan las obligaciones que incumben al emisor de obligaciones que sean admitidas a negociación oficial, que difieren según se trate de una empresa o de un Estado, sus entes públicos territoriales o un organismo internacional de carácter público. En el primer caso, las empresas que emitan obligaciones están sometidas a deberes análogos a los que veíamos que vinculan a las sociedades emisoras de acciones, esto es, deberes de asegurar un trato igual a los tenedores de obligaciones de un mismo préstamo y de informar sobre sus modificaciones estatutarias, sus cuentas anuales e informes de gestión, de hechos relevantes para su capacidad de responder de sus obligaciones, etc. (artículos 78 a 82). En el segundo caso, la exigencia de igualdad de trato se mantiene, pero los deberes informativos se adaptan a las

especiales características de los emisores públicos (artículos 83 y 84). La regulación de estos deberes informativos se completa en el Capítulo II del Título V (artículo 102) de la Directiva que trata de la publicación y comunicación de otras informaciones después de la cotización. También debe tenerse en cuenta la flexibilidad que introduce, en materia de idiomas a utilizar en las informaciones, el Capítulo III del Título V (artículos 103 y 104) al admitir el uso no sólo de las lenguas oficiales en el Estado miembros respectivo, sino también de otras lenguas cuando “sean usuales en materia financiera y estén aceptadas por las autoridades competentes”.

9. Mención especial merece la regulación que la Directiva contiene sobre las obligaciones de informar en el momento de la adquisición o cesión de una participación importante en una sociedad cotizada en bolsa (Capítulo III del Título IV, artículos 85 a 97). Y ello porque dichas obligaciones incumben a “las personas físicas y las entidades jurídicas de derecho público o privado que adquieran o cedan, directamente o por persona interpuesta” una participación significativa (de un 10%, 20%, 1/3, 50% y 2/3) de los derechos de voto incorporados al capital de una sociedad cotizada. La complejidad de la materia regulada exige la previa definición de los conceptos de “adquisición de una participación” (artículo 86), de “empresa controlada” (artículo 87), etc., así como la forma de determinar los derechos de voto (artículo 92). La regulación se completa con las informaciones que deben comunicarse y hacerse públicas en caso de adquisición o cesión de una participación importante, las excepciones y dispensas y las sanciones adecuadas que los Estados deberán prever para quienes incumplan las obligaciones precedentes (artículo 97).

10. Si antes veíamos que la interpenetración de los mercados bursátiles europeos y “la puesta en marcha de un verdadero mercado europeo de capitales” (considerando 32) eran los objetivos últimos de esta Directiva, no es de extrañar la gran importancia que en la misma se da a la cooperación entre las autoridades competentes de los Estados Miembros (Título VI, artículos 105 a 107), creando, además, un Comité de Contacto con la función, entre otras, de “facilitar una concertación entre los Estados Miembros” con vistas a la aplicación de la Directiva (Título VII, artículo 108).

11. En conclusión, nos encontramos ante una Directiva de importancia decisiva para los mercados bursátiles europeos no tanto por lo que innova, sino por lo que ordena. Y por ello cabe añadir que, sin poder examinar el impacto de esta Directiva en nuestro Ordenamiento dentro del ámbito de esta breve noticia, sí podemos anticipar que nuestra LMV y la normativa reglamentaria que la desarrolla está sustancialmente adaptada a las exigencias armonizadoras de aquélla.

*Alberto Javier Tapia Hermida*

**3. DE NUEVO SOBRE LAS *STOCK OPTIONS*. SEGÚN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID LOS BENEFICIOS DERIVADOS DEL EJERCICIO DE *STOCK OPTIONS* (opciones sobre acciones) OFRECIDAS POR LAS EMPRESAS A SUS TRABAJADORES SON SALARIO Y HAN DE COMPUTARSE A EFECTOS DEL CÁLCULO DE LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO**

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia núm. 1609/2001, de 22 de febrero del presente año (en lo sucesivo “la sentencia”), se pronuncia sobre la polémica acerca del carácter salarial de las *stock options* facilitadas, generalmente, en base a “planes de opciones” a los empleados.

La sentencia versa sobre un despido. Los hechos, relevantes a nuestros efectos, de la sentencia fueron, resumidamente, los siguientes: A don B.V.M. trabajador, personal de alta dirección con la categoría director financiero (en adelante, el empleado o el trabajador), su empresa, D.C., S.A., además de pagarle el salario en dinero correspondiente, le “participó la posibilidad de suscripción de un contrato de opción no estatutaria de compra de acciones basado en un plan de opciones de compra de acciones (..) de dicha entidad, con el número de acciones (...) y precio de ejercicio por acción (...)”, en unas determinadas y concretas condiciones.

El susodicho empleado ejerció las opciones y vendió, inicialmente, un número determinado de acciones a un precio tal que obtuvo la cantidad de quince millones de pesetas (aproximadamente), posteriormente vendió más acciones percibiendo por ellas cuarenta millones de pesetas (aproximadamente), manteniendo en su cuenta todavía una importante cantidad de valores.

En fecha inmediatamente posterior a la última venta de acciones manifestó a la empresa su voluntad de dimitir, con efectos de finales del verano, dimisión que le fue aceptada, en la forma propuesta, por la empresa.

Tras recibir, estando el trabajador disfrutando de sus vacaciones retribuidas, una comunicación de la empresa acusándole de irregularidades, lo que dio origen a determinadas actuaciones procesales, de seguido, y antes de la fecha de efectos de la dimisión, la empresa despidió al trabajador imputándole, en la carta de despido, la comisión de graves irregularidades. El trabajador presentó demanda por despido, que el Juzgado *a quo* estimó parcialmente, declarando su improcedencia, pero no tomando en cuenta, a los efectos indemnizatorios pertinentes, opciones sobre acciones recibidas de la empresa. Contra dicha sentencia interpuso el trabajador recurso de suplicación resuelto mediante la “sentencia” del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

## 1. Sobre la naturaleza salarial de las *stock options*

En la “sentencia” la Sala “a quo” indica que la opción de compra de acciones (*stock options*), es figura nueva, con gran diversidad de manifestaciones, falta de regulación legal, falta de tratamiento jurisprudencial y de estudio doctrinal (la opinión de la Sala en este punto no se puede compartir, baste con citar, a título ejemplificativo, a Tovillas, J.J., Cavedo, M.<sup>º</sup> A, y Rivas, M.<sup>º</sup> P., “Lecciones de Derecho del Trabajo”, CEDECS, Barcelona 1995; Rubens, S., “Rosen, S., “Contracts and the Market for Executives”, WP (NBER) núm. 3542; Stroh, L.K., Brett, J.M., Buamann, J.P., y Reilly, A.H., “Agency Theory and variable Pay Compensación”, AMJ, vol. 39, num. 3, págs. 152-167, etc. Ciertamente son más abundantes los estudios generales, esto es desde perspectivas complejas (jurídico-económica y de recursos humanos) baste con citar, también a efectos meramente ejemplificativos, únicamente los siguientes estudios publicados en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos*, editada por el CEF: Padilla Martínez, F., y Dommarco Lindenthal-Breier, A., “Política retributiva y compensación. 1.<sup>º</sup> Parte”, núm. 187, octubre, 1998, págs. 183-215; Pérez Santa, P., “La retribución en los contratos de alta dirección: Determinantes y contenido”, núm. 190, enero 1999, págs. 175-232; Porret Gelabert, M., “Reflexión sobre los actuales sistemas de retribución”, núm. 196, julio 1999, págs. 169-184; Melle Hernández, M. “Incentivos a la dirección y gobierno de las empresas: el caso de las *stock options*, en el núm. 214 de enero de 2001, págs. 167-189, así como la amplia bibliografía que en tales trabajos se indica), que suscita opiniones diversas en torno tanto a su naturaleza jurídica como a su carácter salarial, precisando que ha de estarse para poderlo determinar, *in genere*, a la legislación laboral general y más en concreto a la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores (Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), artículo 26 y concordantes, no obstante que la relación jurídico laboral objeto de la litis estuviera sometida a un régimen laboral especial (Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, de Personal de Alta Dirección).

Recuerda el Tribunal “a quo” en la sentencia, que el Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, en dos sentencias, de 5 de junio y 26 de diciembre, la primera de ellas firme, por consentida, estableció el carácter no salarial de las *stock options*, dados sus caracteres de expectativa, aleatoriedad y facultad de renuncia a ellas por parte de los trabajadores, circunstancias que, a juicio del Juzgado según indica la “sentencia”, no se compaginaban bien con su posible naturaleza salarial. Disconforme con aquella opinión el Tribunal “a quo” comienza por definir qué ha de entenderse por *stock options*, indicando que la opción de compra de paquetes de acciones:

“Es negocio en virtud del cual la empresa ofrece al trabajador con carácter irrevocable, una opción personal e intransferible de comprar o no,

a un precio reducido, acciones de la propia empresa o de otra ajena a la relación laboral, en un momento fijado y dentro de un plazo concreto, de manera que la empresa adquiere la obligación de entregar al trabajador el número de acciones fijado al precio convenido, cuando vencido el plazo fijado, perfeccione el derecho a comprarlas y lo ejercite, esto es, se les está prometiendo un beneficio que puede alcanzar un elevado importe en función de la marcha y el prestigio de la empresa que se traduce en una mayor cotización en bolsas de sus acciones.”

Además señala la sentencia que la posibilidad de ejercicio de las opciones se difiere normalmente a fechas futuras, para que el trabajador empeñe su esfuerzo en conseguir, durante el período intermedio, que resulta ser el incentivado, mejores resultados para la empresa que redunden en una mayor cotización de las acciones. El trabajador así ha de mantenerse, afirma la sentencia, vinculado a la empresa hasta que pueda ejercitar las opciones, pues en otro caso el derecho, dada su configuración en el plan o en el contrato, no se perfecciona (ciertamente la vinculación a la empresa se exige, con generalidad, para el ejercicio de las *stock options* según planes de opciones al uso).

De esa manera, dice la sentencia, la finalidad de la opción es la de “incentivar al trabajador, ligando al mismo a los resultados de la empresa, en forma similar a la que lo están los socios, esto es, cuanto mayores beneficios obtenga aquélla mayores beneficios obtendrán también los trabajadores a los que se les ha otorgado la opción, con una diferencia sustancial cual es que éstos no participan de las pérdidas sino sólo de las ganancias, de manera que si las opciones sobre las que se ha concedido la opción tienen un valor nulo o inferior al que se haya fijado para la compra, los trabajadores no tienen obligación alguna de adquirir las acciones, con lo que nada pueden perder, no asumiendo el riesgo del negocio”.

Esta argumentación de la sentencia pone de manifiesto una de las circunstancias relevantes en la evolución del contrato de trabajo, la incorporación de elementos nuevos que rompen con la dogmática tradicional sobre las relaciones industriales, más ajustados a lo que es un contrato de sociedad, así como la asunción de riesgos de la empresa por los trabajadores, que la sentencia minimiza o simplemente excluye, lo cual dista de ser cierto, consecuentes con el ejercicio, por parte de aquéllos, de la actividad de empresa desde el punto de vistas económico. Además ha de afirmarse, lo que no hace la sentencia, que en la medida en que los trabajadores ejercen su derecho a adquirir acciones, aun cuando las liquiden por diferencias, no es que tengan una situación similar a la de los socios, sino que, al menos por un momento, son socios.

Es falaz el argumento de la sentencia, tan repetido por la doctrina, de que los trabajadores no participan en los riesgos del ejercicio de la actividad de

empresa. Tanto no es así que existen dos sistemas por los cuales, debido a “crisis económica”, el empresario, unilateralmente, puede romper el contrato de trabajo. Me refiero al despido objetivo, en el que, dada su regulación jurídico positiva, es clamorosa la participación del trabajador en los riesgos empresariales, al extremo de que puede ser despedido simplemente para mejorar la rentabilidad de la empresa, y al despido colectivo, conocido, traslativamente, por referencia a la tramitación burocrática administrativa ante al autoridad laboral, como expedientes de regulación de empleo, cuya vinculación con los riesgos empresariales es tan intensa que históricamente se le conoce, en aquella denominación referente al trámite burocrático administrativo, como “expedientes de crisis” (por supuesto económica, no de otro carácter, y de la empresa).

Insiste la sentencia en los aspectos de participación en los rendimientos empresariales, afirmando que aquella “participación unidireccional” del trabajador, en los beneficios de la empresa, “lógicamente, en las sociedades que actúan en una economía capitalista, no tiene como finalidad la de beneficiar altruistamente a sus trabajadores, sino la de retenerles e incentivarles por medio de las expectativas de derecho que supone la opción, de una manera más intensa que la que resulta del mero abono de un porcentaje sobre las ganancias o unas comisiones, ya que éstos se fijan en consideración a las cifras que aparecen en los balances que ha de confeccionar la propia empresa, mientras que la cotización en bolsa es objetiva y depende de muchos factores, persiguiéndose por tanto una total implicación del trabajador en la empresa para obtener su entrega incondicional a la misma con esas expectativas de conseguir elevados ingresos”.

Concluyendo que

“LOS BENEFICIOS OBTENIDOS DE LA OPCIÓN DE COMPRA DE ACCIONES, (...), HABRÁN (habrían) DE REPUTARSE COMO SALARIO” (en mi comentario a la sentencia de 5 de junio de 200 del Juzgado de lo Social núm. 30 de los de Madrid, titulado **¿Son salario las opciones sobre acciones (stock options)?**, Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos(CEF), núms. 209-210, agosto-septiembre 2000, págs. 191 sigts., ya indiqué en pág. 195, tras una detenida argumentación que “no cabe dudar del carácter salarial de las *stock options*”), fundándose para ello en que:

Primero.—“Tales ingresos nacen en el seno de la relación laboral, retribuyen la misma, primando el mayor esfuerzo y dedicación del trabajador a la empresa, y no pueden ser ejercitados al margen de tal relación, por cuanto normalmente se pierde la opción cuando el trabajador cesa voluntariamente o como consecuencia de un despido procedente y en algunos casos; (...), se permite un corto margen de ejercicio en supuestos de despido improcedente”.

Segundo.—“Las partes de este negocio son las mismas que las del contrato de trabajo, su causa es la relación laboral existente entre ellas y el objeto coinciden plenamente con el de dicho contrato para ambas partes, para el empleador conseguir una mayor prestación de servicios del trabajador y para éste unos mayores ingresos.”

No obstante, su tajante afirmación del carácter salarial de los beneficios derivados del ejercicio de *stock options*, la Sala “a quo”, sin duda consciente de la trascendencia práctica de aquella tajante afirmación y de su fallo, lleva a efecto un análisis crítico de la misma. Auténtica “autocrítica” que realiza mediante un ejercicio dialéctico (sin duda ejemplar en el ejercicio de la jurisdicción), planteándose cuatro cuestiones (tres de las cuales explicita y la cuarta se deduce), a saber:

1.<sup>a</sup>) La ruptura del binomio irrenunciabilidad-obligatoriedad de salario (que se deduce).

2.<sup>a</sup>) “La empresa no abona directamente al trabajador las cantidades resultantes de las ganancias de la opción, sino que se limita a transferir al trabajador la titularidad de las acciones, previo ejercicio de tal opción” (ésta y las dos siguientes se formulan explícitamente en la sentencia).

3.<sup>a</sup>) “La decisión de comprar o no depende de aquél (el trabajador) y no del empleador, variando el valor de la plusvalía en función de la cotización en bolsa y realizándose por la venta de las acciones en bolsa, es decir, se materializa la ganancia mediante una operación bursátil.”

4.<sup>a</sup>) “Se trata de un ingreso variable cuyo importe no pude preverse al ser el beneficio aleatorio dependiente de la cotización en bolsa.”

En un análisis pormenorizado de tales, pudiéramos denominar, utilizando un lenguaje de odiosa memoria, “desviaciones” sobre los parámetros teóricos, usuales, ordinarios y pragmáticos del salario, llega a la conclusión de que no se trata de alteraciones de su régimen jurídico, sino simplemente modulaciones de la práctica en un momento histórico dado, porque se está en tránsito (mejor, ya se está) hacia otro momento diferente del devenir de la historia, en definitiva de una adaptación a “los tiempos que nos ha tocado vivir”.

Efectivamente, en relación con el primer término del binomio, numerado como cuestión 1.<sup>a</sup>, indica la sentencia que “aunque los ingresos que nos ocupan son renunciables, al quedar su obtención final a la exclusiva voluntad del trabajador, que es quien decide ejercitar o no la opción que se le ha ofrecido, mientras que el salario es un derecho irrenunciable para éste, no concurre esta nota en todas las cantidades que aquél percibe, que participan de esa misma naturale-

za, y que complementan, incrementando el salario base, y así, no puede considerarse irrenunciable el *bonus* o las comisiones (...) de modo que el trabajador puede decidir visitar menos clientes o concluir menos operaciones o en general no trabajar en la medida necesaria para generar los indicados complementos salariales sino hasta el punto que considere oportuno (...), e incluso puede renunciar a percibir el *bonus* o comisiones ya devengados, (...) con lo que habría de predicar de estas percepciones salariales la misma nota de renunciabilidad que se manifiesta en los ingresos derivados de la opción de compra de acciones (...)"

Extremo en que no falta razón a la Sala, pues el tratamiento de la renuncia anticipada de los beneficios derivados del ejercicio de las opciones sobre acciones se efectúa siempre desde el punto de vista estrictamente económico, que no jurídico, punto en que es pertinente la comparación con los *bonus* y las comisiones.

Continúa, sobre el segundo término del binomio anterior la sentencia, indicando: "por otra parte la empresa viene obligada a abonar al trabajador el salario, obligatoriedad que se da también en el caso de la opción de compra de acciones (...)"

Respecto de la cuestión indicada como 4.<sup>a</sup>, esto es el carácter aleatorio de la ganancia, establece la sentencia que tampoco le hace perder "su naturaleza salarial por cuanto es igualmente aleatorio el *bonus* (...)", pues "no existe diferencia substancial ente ambos tipos de ingresos, sino por el contrario similitud en tanto en cuanto en ambos casos el trabajador tiene unas expectativas de derecho que incentivan una mayor dedicación a la empresa que puede o no ser prestada por el trabajador y que de producirse no siempre tiene asegurada la compensación al no depender sólo de éste que se alcancen los objetivos cuya meta se persigue, a diferencia de la comisiones (...)"

Como se observa, la sentencia marca un permanente paralelismo entre las *stock options* y los *bonus*, punto de encuentro que refrenda la práctica empresarial y ciertamente no le falta razón, al extremo que hoy en día está en boga la elaboración por las empresas de "planes mixtos" en los que se mezclan elementos propios de las *stock options* y de los *bonus*, cuyo resultado más significativo son las denominadas "opciones fantasma", para las que el precio se fija en función del valor de la empresa, constituyendo, en realidad, una modalidad de *bonus* cuyo importe se vincula a la subida de las acciones de la empresa o de la cabecera del grupo (aun cuando se pueden utilizar otros parámetros como el incremento en las ventas o los beneficios obtenidos por la empresa), sin límites en las cantidades que el trabajador puede llegar a percibir.

En relación con la cuestión numerada como 2.<sup>a</sup>, la sentencia efectúa determinadas afirmaciones, por demás objetables. Efectivamente señala la resolu-

ción judicial: “(es) irrelevante que las acciones sobre las que versa la opción de compra sean de la propia empresa empleadora o de una del propio grupo, porque en este caso es evidente que la cotización en bolsa tiene en cuenta la situación general del grupo y que por tanto se trata en unos mismos intereses y una misma empresa global, por lo que el esfuerzo y dedicación del trabajador repercute en todo el grupo y la patronal le incentiva de la misma forma con la obtención de beneficios derivados de unas u otras acciones, e incluso produciría iguales efectos la opción de compra de acciones de empresas ajenas sobre las que la empleadora pudiera tener determinados intereses, siempre que la gestión de los trabajadores pudiera influir en alguna medida en sus resultados bursátiles.”

Incluso, añadimos nosotros, aunque se tratase de acciones de empresas absolutamente extrañas a las que conceden las opciones, pero que por la firmeza de su cotización al alza constituyan un buen sistema de remunerar al trabajador. No es necesario establecer un puente de unión, como equivocadamente, por exceso, a mi juicio, hace la sentencia, de tal manera que “la gestión de los trabajadores pudiera influir sobre los resultados bursátiles”, justificando tal exigencias en que, como salario, este beneficio (... la opción) viene a retribuir el mayor esfuerzo y dedicación a la empresa del trabajador”.

No se entiende el porqué la sentencia exige semejante vinculación, pues una cosa es el trabajo y otra la remuneración, de tal manera que únicamente en el cambio de trabajo por salario tiene que haber conexión, esto es que se pague el salario en virtud de la prestación de un trabajo, pero nada más. La vinculación pretendida es tanto como decir que si el salario se paga en dinero, éste tenga que salir de la caja de la sociedad en la que se presta el trabajo, o que sea el resultado económico del esfuerzo del trabajador, ¿Acaso no se puede adelantar el pago del salario? ¿Qué son los anticipos de remuneraciones? ¿No puede la empresa pedir un crédito para hacer frente el pago de la nómina? ¿No puede, si su titular es una sociedad, acudir a operaciones con socios y accionistas? Son ejemplos que, por absolutamente frecuentes, ilustran sobre la no necesidad de la especialísima conexión entre trabajo y valor de las acciones entregadas como consecuencia del ejercicio de *stock options* que la sentencia preconiza.

La sentencia llega a afirmar, a mi juicio no irreprochablemente, que “consideración distinta habría de merecer la opción sobre acciones ajenas absolutamente a la marcha de la empresa empleadora por cuanto en este caso su atribución no podría nunca retribuir ese mayor esfuerzo del trabajador”, ¿por qué?. La sentencia no efectúa razonamiento alguno en este extremo, ni, por supuesto, aquella afirmación puede calificarse de apodíctica, sino simplemente de voluntarista.

Es de reparar en que la sentencia matiza su discurso introduciendo una excepción a las afirmaciones recogidas en párrafos anteriores, bien que de difí-

cil comprensión, por cuanto contradice palmariamente el discurso que la propia sentencia venía desarrollando, al añadir “salvo que el derecho a adquirirlas se reconociera como ejercitable al alcanzarse determinados objetivos de la propia empresa” siendo acciones sobre las que la empresa “tenga (tiene) atribuidos derechos de disposición”, o, añadimos nosotros, los adquiera con posterioridad a la concesión de las opciones, para cumplir su obligación en el momento en que el trabajador ejercita su derecho de opción, y si no le es posible adquirirlas la cuestión se resolverá como es habitual o mediante una novación del acuerdo que le permita efectuar una prestación semejante o por la prestación por el equivalente, esto es la indemnización de daños y perjuicios pertinente (que en materia laboral, como es sabido, se resuelve en una cantidad equivalente al salario dejado de percibir, que en este caso sería el equivalente al ejercicio de las opciones por liquidación de las acciones, con los intereses devengados).

En cuanto a la cuestión numerada como 3.<sup>a</sup>, o del origen o “procedencia de los ingresos que el trabajador obtiene por la venta de las acciones sobre las que ejercitó la opción de compra”, indica la “sentencia”, “es claro que directamente provienen de la empresa, que es la que vende al trabajador las acciones al precio pactado, muy por debajo de su valor real, acciones que son propias de la misma o sobre las que tiene atribuidos derechos de disposición, esto es se transfieren al actor directamente de su patrimonio, renunciando voluntariamente la patronal a su valor actual y a las expectativas de incremento del mismo en beneficio del trabajador, por lo que sí hay un traspaso de ganancias de la empresa a éste, ganancias que la patronal deja de ingresar en su activo para cederlas al trabajador en cumplimiento del compromiso adquirido en su día al otorgarles tales expectativas y cuyo importe se concreta cuando las mismas se cumplen al ejercitarse, en el momento previsto, la opción de compra, de manera que la plusvalía hubiera pasado al patrimonio empresarial de no haberse atribuido al trabajador el derecho de opción ahora ejercitado”.

Redacción confusa, pues parece que está pensando en la tenencia por la empresa de acciones en cartera, masivamente y con carácter originario, y de las que la propia sociedad obtiene los beneficios en forma de dividendos o indirectamente, cuando es bien conocido que, no admitiéndose en nuestro ordenamiento jurídico las acciones sin valor nominal, sólo excepcionalmente y únicamente de modo derivativo puede adquirir la sociedad sus propias acciones” o de la sociedad dominante, para atender al “ejercicio de los derechos de opción” de los que los trabajadores sean titulares (supuesto autorizado por el artículo 75.1, tercer párrafo de la LSA).

Como corolario de lo anteriormente expuesto concluye la sentencia que “ciertamente con la compraventa de acciones a un precio muy inferior al de su cotización en bolsa, en virtud de la opción de compra que se le atribuyó por la

empresa, se está remunerando al trabajador por sus servicios, aun cuando lo sea en esta forma sofisticada dirigida a obtener de manera sutil un mayor rendimiento del mismo, cuyo monto no puede preverse en el momento en el que se gesta la expectativa del derecho, pero que es perfectamente concreto y determinado cuando éste se perfecciona y la compraventa se realiza debiendo proclamarse su naturaleza de salario en metálico, que no en especie (...), por cuanto no se trata de la atribución del uso y disfrute de ningún bien, sino de la transmisión de un patrimonio cierto y económicamente determinado con valor dinerario concreto, que inmediatamente puede el trabajador materializar, vendiéndolo en bolsa e ingresándolo en su peculio”.

El objeto de la litis, ya se indicó, lo constituía el despido de trabajador-personal de alta dirección, cuyo régimen laboral está regulado por el Real Decreto legislativo 1382/1985, de 1 de agosto, y no por el ordenamiento laboral común, el Estatuto de los Trabajadores. Aquel régimen laboral especial, no es preciso insistir en ello, establece que hay que estar a las indemnizaciones pactadas (que pueden ser cero pesetas) y sólo en su defecto puede acudirse a las indicadas en aquella legislación específica, según reiterada y pacífica jurisprudencia. En el caso, al estar las indemnizaciones pactadas en el contrato de trabajo, a ellas tenía que estarse.

No obstante, también ha de significarse que la circunstancia de tratarse, en el caso objeto de la sentencia, de una relación laboral sujeta a una legislación específica, para nada altera su valor general, pues las apreciaciones vertidas en la misma acerca de naturaleza retributiva de las *stock options*, del carácter salarial de los ingresos que el trabajador obtiene por la venta de las acciones sobre las que ejerció la opción de compra y de su cómputo, a efectos del cálculo de las indemnizaciones por despido, son aplicables, *pari passu*, a cualquier relación laboral ordinaria, esto es, sometida al régimen laboral común del Estatuto de los Trabajadores.

La “sentencia” tuvo que precisar, por versar precisamente sobre ello el recurso de suplicación interpuesto, la cuantificación de las indemnizaciones por despido, determinando si tenían que computarse los ingresos que el trabajador había obtenido por la venta de las acciones sobre las que ejerció las *stock options*, extremo que había negado el Juzgado de lo Social “a quo”. El Tribunal para responder adecuadamente tuvo que solventar dos grupos de cuestiones:

Primero.—a) ¿Se computan las opciones no ejercitadas a la fecha del despido?; b) ¿se computan las opciones ejercitadas, pero manteniéndose las acciones en poder del trabajador, esto es, sin haberlas liquidado o vendido?; c) ¿de ser las respuestas positivas, cuál sería su valoración?.

Segundo.—Supuesto que las opciones se hayan ejercitado antes del despido y las acciones se hayan vendido, liquidándose, en su caso, por diferencias,

¿cuál será el valor en que se han de computar las opciones sobre acciones a los efectos del cálculo de las indemnizaciones por despido: el valor de las acciones en el momento de concederse la opción, o por el líquido bruto/neto obtenido como consecuencia de su enajenación?

A todas las cuestiones planteadas atiende la sentencia. Las indemnizaciones pactadas se establecían de la siguiente manera: “una indemnización equivalente a doce meses de remuneración bruta anual percibida por todos los conceptos, para cuya determinación se tomará en cuenta la cantidad pagada al interesado durante los últimos doce meses (indemnización principal) y además una indemnización igual a cuarenta y cinco días de salario por año trabajado (indemnización adicional)”. En un *addendum* al contrato se indicaba “que las indemnizaciones se calcularán teniendo en cuenta todas las cantidades percibidas (así como las que se hubieren devengado) por el trabajador en los últimos doce meses por todos los conceptos (...) de la empresa o empresas del grupo”. Indica la “sentencia”:

A) En relación con la indemnización principal:

“(se deben) incluir todas las remuneraciones, ventajas o beneficios obtenidos por el trabajador como consecuencia de su relación laboral en los últimos doce meses, por todos los conceptos, por lo que evidentemente han de computarse las ganancias derivadas del ejercicio de su opción de compra de acciones habidas en el período (...)”

B) En relación con la indemnización adicional:

En cuanto a otra indemnización, pactada con el carácter de adicional, precisa: “si efectivamente hemos concluido anteriormente que las ganancias derivadas de la opción de compra de acciones, tienen tal naturaleza (salarial), igualmente hemos de determinar ahora respecto de las concretamente obtenidas por el actor, (...) consolidadas en el año anterior al despido (...)”

*Antonio Tapia Hermida*

#### **4. RECOMENDACIÓN COMUNITARIA SOBRE INFORMACIÓN EN CRÉDITOS DE FINANCIACIÓN A LA VIVIENDA**

La Comisión Europea adoptó en fecha reciente su Recomendación de 1 de marzo de 2001 relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda (v. DOCE L 69, de 10 de marzo de 2001, pp. 25 y ss.).

Nos encontramos así ante una iniciativa que aborda un aspecto parcial, pero no por ello menos relevante, de un contrato fundamental dentro de los mercados financieros. Es notorio que, como se encarga de resaltar la propia Recomendación, la decisión del consumidor referida a adquirir una vivienda es en muchas ocasiones el compromiso financiero más importante que asume a lo largo de su vida. Es también sabido que dentro del ordenamiento comunitario principios como el de la tutela del consumidor y el de trasladar a los consumidores los beneficios de lo que es propiamente la construcción del mercado único, en este caso las ventajas derivadas de la creciente actividad transfronteriza de las entidades de crédito que ofrecen este tipo de préstamos, son características harto conocidas. No es tampoco cuestionable que estamos ante una Recomendación con un alcance objetivo muy destacado: todos los créditos vivienda que se conciertan en el marco comunitario, ya sea en el ámbito nacional o transfronterizo (v. Considerando 5 y artículo 4 de la Recomendación).

Se pueden plantear también algunas observaciones en cuanto al hecho de que una materia de esa relevancia se canalice a través de una Recomendación. Con ello quizás se abra el debate que con frecuencia se suscita en otros ámbitos de la legislación mercantil, tanto en el orden nacional como internacional, acerca de la creciente tendencia a regular determinados sectores de la vida económica por medio de normas de autogobierno, normas de adhesión, *soft rules*, códigos de autoconducta, etc. También tendrá que decirse que no es la primera vez en donde la Comisión Europea opta en el ámbito de la contratación bancaria por utilizar el instrumento de la Recomendación como impulso normativo. El precedente más notorio y destacado es el de las tarjetas de crédito. También es harto probable que surja como justificación para haber renunciado al intento de una labor armonizadora más intensa, por ejemplo, a través de la adopción de una Directiva, que en el ámbito de la financiación de la vivienda pueden advertirse notas de profunda diversidad entre los distintos ordenamientos estatales.

El núcleo de la Recomendación viene dado por la imposición a las entidades de crédito que se dedican a concertar con los consumidores operaciones financieras destinadas a la adquisición de viviendas del deber de facilitar una doble información. En primer lugar, la denominada información general que es la que se refiere a la entidad prestamista y al crédito de vivienda en sí y que está esbozada dentro del Anexo I de la Recomendación. En segundo lugar, aparece una información que se dice que es personalizada y que se desbroza igualmente con detalle en el Anexo II de la Recomendación. A partir de esos anexos el artículo 3 de la Recomendación establece como un principio básico que los prestamistas deban de proporcionar al consumidor esa información precontractual, que servirá al consumidor para ser finalmente quien acepte o rechace la oferta de crédito que se le plantea.

La Recomendación es también un instrumento regulador adecuado en la medida en que el contenido de la información que se exige es consecuencia de las conversaciones que han mantenido de forma intensa y prolongada la propia Comisión Europea con las Asociaciones de Prestamistas y de Consumidores. Resultado de esas conversaciones ha sido la adopción de lo que la propia Recomendación describe como el código de conducta voluntario sobre información precontractual para los créditos vivienda.

Se completa la Recomendación con la creación en la Comisión de un Registro Central de Prestamistas de Créditos Vivienda (v. artículo 5 de la Recomendación) así como con una serie de disposiciones que revelan la voluntad de una urgente aplicación de la Recomendación, puesto que los Estados miembros y los prestamistas de créditos vivienda de la comunidad son llamados a cumplir la presente Recomendación antes del próximo 30 de septiembre de 2002, al propio tiempo que la Comisión se compromete a llevar a cabo en el plazo de tan sólo dos años, una primera evaluación de cuál ha sido la incidencia que la Recomendación ha tenido en el ámbito de los créditos vivienda.

*Christi Amesti Mendizábal*

## **5. EL IUS USUS INNOCUI DEL CORREO ELECTRÓNICO (E-mail) EN EL SECTOR DE BANCA**

La Sentencia 17/2001, de 6 de febrero de 2001, de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social (en adelante “la sentencia”), resuelve una demanda de conflicto colectivo presentada por un Sindicato sobre el uso de *e-mail* en las oficinas bancarias de un determinado grupo de entidades de crédito.

Por su importancia, dado que supone un juicio anticipado sobre el fondo, es preciso, en primer lugar, resaltar que la **Sala afirmó su competencia y la procedencia del tipo de procedimiento instado, de “conflicto colectivo”, por no tratarse de un conflicto de intereses, sino jurídico, “de interpretar los (...) artículos 18,20 y 28 de la Norma Básica del Estado, y el 8 de la LOLS. A la luz de las reglas de hermenéutica del artículo 3.1 del Título Preliminar del Código Civil”.**

Los hechos relativos al caso fueron los siguientes: la dirección del grupo emitió, a través de sus empresas, en el año 2000, unas “Normas de actuación para el uso racional del correo electrónico” cuyo contenido era el siguiente (Hecho Probado primero y Fundamento de Derecho cuarto): “El correo electrónico es una herramienta de productividad que el grupo pone a disposición de

sus empleados, para el desarrollo de las funciones que les tiene encomendadas. Los usos ajenos a estos fines son por tanto considerados inapropiados y en el límite podrían configurar falta laboral. En particular la remisión a uno o varios usuarios de correos no solicitados, especialmente si esto se hace de forma masiva [actividad conocida como *spam*] es una práctica rechazable y, dependiendo de las circunstancias que concurran, puede llegar a ser perseguible”.

Aquella dirección (según se indica en el Hecho Probado segundo), sin perjuicio de lo indicado en el apartado anterior, dentro de determinados programas de actuación (denominados “semana más práctica”), procuró que la plantilla de las empresas del grupo utilizaran al correo electrónico (mediante mensajes literales informáticos como el relativo a “utilizar el correo electrónico tanto interna como externamente”).

Incluso en una determinada semana del mes de mayo, la dirección del grupo, con el propósito de eliminar burocracia, practicidad y mejorar la eficiencia en relación con los gastos de fotocopias cursó la siguiente indicación al personal “no usar papel para notas y cartas, sí el correo electrónico (E-mail)”, y en una de las denominadas “semana práctica” se encareció al personal la utilización del correo electrónico en lugar del teléfono, tanto interna como externamente, con el propósito de reducir consumo, así como archivar electrónicamente, etc.

No es preciso destacar que el uso del E-mail constituye una práctica con fuerte incremento en toda clase de empresas, al extremo que, hoy en día, se cuestiona si el uso del correo electrónico no es contrario a la mejora de la eficiencia y de la productividad en cuanto limita y prácticamente elimina el contacto personal entre empleados, especialmente si pertenecen a distintos departamentos, incluso dentro de la misma oficina.

Los beneficios del uso de las nuevas tecnologías son resaltados por la Sala “a quo” que afirma, en el Fundamento de Derecho segundo: “son evidentes los beneficios que la informática e Internet presta a sus usuarios en el campo de la comunicación con un manifiesto ahorro económico por la sustitución de otros soportes de información, papel, correo postal, teléfono, fax, etc., lo que se traduce en una mayor celeridad y eficacia de aquéllos, en unos momentos históricos en lo que la Unión Europea ha venido en llamar ‘Sociedad de Información’.”

Como Hechos Probados se establecen en la “sentencia” los siguientes:

1) Desde el (...) de 1999 el sindicato (...), desde el Servidor Externo (...), a través del Servidor Interno de la Empresa, envía a los trabajadores de la empresa por correo electrónico mensajes de información de acción sindical, sin

oposición de ésta al no perjudicar el servicio de la misma hasta el (...), en cuya fecha en la hora comprendida entre las (...), envió los mensajes relacionados con los documentos (...), que fueron rechazados por el servidor (del grupo), así como los que en fechas posteriores de ese mes de febrero y horario, figuran en los documentos (...). El día (...), el Sindicato (...) envía un mensaje por correo electrónico y fue rechazado por el servido de la Empresa” (hecho probado tercero).

2) “Ante la Avalancha de correos masivos procedentes de la dirección (...) correspondiente al Sindicato (...), recibidos en los días y horas referidos, con el tamaño que resulta de los contenidos en los documentos mencionados en el precedente, y ante el desmesurado tamaño de las colas de espera, la Empresa decidió filtrar la entrada desde aquella dirección siendo rechazadas, con notificación al remitente del rechazo” (hecho probado cuarto).

A la vista de los mismos la Sala “a quo”, tras señalar la sustitución general de soportes de transmisión de datos en el Grupo, indica: **“el desarrollo de la información transmitida por el Sindicato (...), desde el (...), dentro de un canal de normalidad y respeto del uso específico empresarial, envuelve un *ius usus innocui*** que respeta el derecho del titular al uso para el que lo instaló, la mejora o mayor eficiencia del Grupo (...), con el propósito de eliminar burocracia y ser prácticos, ahora bien en un momento determinado, la Empresa observa la ocupación excesiva del correo electrónico en el servidor interno por las emisiones del servidor externo (...), lo que motivó la decisión empresarial de filtrar la entrada desde esta dirección (...) lo que dio lugar a que los mensajes recibidos a partir de la instalación del filtro fueran rechazados por poner en peligro la disponibilidad del servicio, en horas punta”.

Añadiendo, en su Fundamento de Derecho cuarto: **“si esta utilización (del correo electrónico) rebasa la normalidad, así como la emisión externa del correo electrónico, en la forma en que venía utilizándose antes de las colas masivas de envíos desde la misma dirección remitente, es claro que tales conductas de los Sindicatos, de sus secciones sindicales, constituyen una trasgresión de la situación jurídica creada por la utilización inocua por el sindicato del servicio telemático mediante la comunicación realizada por esta vía, sin que el contenido jurídico de la facultad ejercida por aquél le permita una utilización mayor del medio de comunicación facilitado por la Empresa,** pues pretender la declaración de un derecho con un componente superior en este tipo de procedimiento de conflicto jurídico es inadecuado porque las partes tendrían que crear una norma dentro del cauce de Negociación Colectiva o bien que una Disposición de rango legal lo reconociera con la amplitud deseada, como ha sucedido en otras materias por la progresiva extensión de las telecomunicaciones en las sociedades contemporáneas, así (...)”.

Afirmando, en definitiva, la “sentencia”:

**“El derecho del Sindicato y de sus Secciones Sindicales en las Empresas del Grupo (...) a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y a los trabajadores en general a través del correo electrónico (E-mail) con la medida y normalidad con que lo venían realizando desde el (...) hasta el momento en que se emitió una cantidad masiva de mensajes (...), que colapsó el servidor interno de la Empresa”.**

*Antonio Tapia Hermida*

## **6. LA MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DE INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA POR EL REAL DECRETO 91/2001**

### **1. La importancia del Real Decreto 91/2001 en la regulación de las Instituciones de Inversión Colectiva**

En el BOE n.º 42 de 17 de febrero de 2001 se publicó el Real Decreto 91/2001, de 2 de febrero, “por el que se modifica parcialmente el Real Decreto 1393/1990, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, Reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva” (en adelante, RIIC) (ver MÉNDEZ, J.M.<sup>a</sup>, “La reciente reforma del régimen jurídico de las Instituciones de Inversión Colectiva en España”, en la *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores*, n.º 2, marzo 2001, págs. 93 y ss.). Dicho Real Decreto, que entró en vigor el 19 de enero de 2001, ha tenido una gran fuerza expansiva, como lo demuestra la Circular 1/2001, de 18 de abril, de la CNMV, sobre modelos de folletos explicativos de las IIC.

La importancia de la modificación del RIIC por el Real Decreto 91/2001 obedece a que, mediante la misma, se consolida una cuarta etapa en la evolución de la regulación de las IIC en nuestro Derecho. En efecto, en otras ocasiones (en concreto, en nuestra obras *Sociedades y Fondos de Inversión* y *Fondos de Titulización*, Madrid 1998, págs. 54 y ss. y *Derecho del Mercado de Valores*, Barcelona 2000, págs. 104 y ss.) hemos indicado que aquella regulación había atravesado tres etapas fundamentales que han sido las de formación dispersa, de consolidación integradora y de plena integración de tales IIC en el Derecho del Mercado de Valores. Pues bien, cabe identificar una cuarta etapa de mayor flexibilidad en la política de inversiones de las IIC, que nace de los cambios que introdujo en la LIIC la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de Reforma de la LMV y se consolida, en el nivel reglamentario, a

través de la modificación que comentamos. Por lo tanto, los antecedentes normativos inmediatos del Real Decreto 91/2001 se encuentran, en lo sustancial, en la Ley 37/1998 y, en cuanto a la habilitación formal, en la propia LIIC.

Podemos identificar dos causas fundamentales de la modificación del RIIC por el Real Decreto 91/2001, que cabe retrotraer a la modificación de la LIIC por la Ley 37/1998: en primer lugar, una causa interna de carácter fundamentalmente económico que consiste en lo que el preámbulo del Real Decreto llama “gran dinamismo que ha presentado en la última década el sector de la inversión colectiva, tanto en términos de recursos gestionados como de sofisticación de las técnicas de gestión utilizadas”. En segundo lugar, una causa externa de tipo predominantemente jurídico, cual es la necesidad de hacerse eco del proceso de reforma de la Directiva 85/611/CEE a través de la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 85/611/CEE por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), con vistas a la regulación de las sociedades de gestión y los folletos simplificados (Bruselas 30.05.2000, COM. 2000, 331 final).

Si de las causas pasamos a los efectos, también podemos diferenciar dos tipos de objetivos que persigue el Real Decreto 91/2001: primero y desde un punto de vista normativo, su preámbulo acaba diciendo que “se trata de una amplia reforma reglamentaria que colocará a nuestra industria e inversores ante un marco regulador estable y equiparable al que hoy se aplica en otras economías de nuestro entorno”; noble propósito que esperamos mitigue la habitual técnica del “remiendo normativo”. Segundo, y desde un punto de vista sustancial, la reforma del RIIC persigue dos objetivos esenciales, partiendo del presupuesto común de la protección del inversor: respecto de las figuras de IIC existentes, trata de flexibilizar su creación y actividad y, además, busca abrir el mercado a nuevas figuras de inversión colectiva presentes en nuestro entorno económico.

## **2. Modificaciones del régimen reglamentario de las IIC no especializadas.**

A) En primer lugar, el Real Decreto 91/2001 introduce una serie de modificaciones en las disposiciones comunes a las IIC financieras que afectan a los siguientes aspectos, expuestos en un orden cronológico:

1.<sup>º</sup> Se modifican las condiciones de acceso a la actividad de las IIC mediante la nueva redacción del artículo 9.<sup>º</sup> del RIIC por parte del artículo 4.<sup>º</sup> del Real Decreto 91/2001, manteniéndose la necesidad de la previa autorización

del proyecto de constitución por el Ministro de Economía, a propuesta de la CNMV, y el sistema trifásico de constitución. Asimismo, se mantiene un régimen más ágil para las modificaciones del proyecto de constitución autorizado o de los Estatutos o Reglamentos de las IIC (artículo 9.9) y se introduce un régimen específico tanto para la revocación de la autorización concedida a una SIM o a una SIMCAV (artículo 9.11) como para la suspensión de efectos de dicha autorización (artículo 9.13). En definitiva, el examen de la modificación del artículo 9 del RIIC pone de relieve la intención de homologar el régimen de acceso a la actividad de las IIC respecto de la generalidad de las entidades financieras, además de reflejar las modificaciones de los restantes aspectos del RIIC (por ejemplo, en los registros públicos previstos en el artículo 9.8). Dentro de este primer conjunto de modificaciones constitutivas de las IIC debe incluirse la nueva redacción del artículo 11 del RIIC por parte del artículo 6.º del Real Decreto 91/2001 que introduce las nuevas denominaciones de las IIC especializadas, reguladas en la nueva Sección 6.ª (artículos 52 bis y ss.) que se introduce en el capítulo II del título I del RIIC por el artículo 19 del Real Decreto 91/2001.

2.º Se modifican las normas generales sobre inversiones de las IIC financieras desde el punto de vista de la diversificación del patrimonio de tales IIC y ello tanto respecto de los valores privados como públicos (nueva redacción de diversos apartados del artículo 4 del RIIC según el artículo 1.º del Real Decreto 91/2001). Respecto de los valores privados, se amplían los límites máximos de concentración de inversiones de las IIC en dos tipos de valores: por un lado, en las obligaciones emitidas por entidades de crédito cuyo importe esté garantizado por activos que cubran suficientemente los compromisos de la emisión y que queden afectados de forma privilegiada al reembolso del principal y al pago de los intereses en caso de quiebra del emisor y, por otro lado, en valores emitidos por una misma entidad o por entidades de un mismo grupo cuando tales inversiones tengan por objeto exclusivo el desarrollo de una política de inversión que tome como referencia un determinado índice bursátil o de renta fija representativo de uno o varios mercados radicados en Estados miembros de la OCDE o de valores negociados en aquéllos [artículo 4.2.d) y e) del RIIC]. Respecto de los valores públicos, se introduce una nueva excepción para el caso de los valores segregados a los que se refiere la Orden de 19 de junio de 1997 por la que se regulan las operaciones de segregación de principales y cupones de los valores de Deuda del Estado y su posterior reconstitución (artículo 4.3). Asimismo, se establece un nuevo régimen de excepciones admisibles a las limitaciones de inversión (artículo 4.4). Además, se introducen salvedades expresas respecto de las IIC especializadas, reguladas en la nueva Sección 6.ª (artículos 52 bis y ss.) que se introduce en el capítulo II del título I del RIIC por el artículo 19 del Real Decreto 91/2001 por cuanto éstas están sujetas a normas específicas sobre inversiones que atienden a su especial naturaleza (artículo 4.1 y 2).

3.º Se modifica también el régimen de materialización de las inversiones de las IIC, dándose una nueva redacción del artículo 17 del RIIC por parte del artículo 9.º del Real Decreto 91/2001, con especial atención a la inversión en valores e instrumentos financieros respecto de los cuales esté solicitada su admisión a negociación en un mercado o sistema secundario, en instrumentos financieros negociados en mercados organizados de derivados radicados en Estados miembros de la OCDE o en mercados o sistemas de negociación distintos y en los instrumentos financieros derivados no negociados en aquellos mercados o sistemas.

4.º Se modifica también el régimen de transparencia de las participaciones significativas en IIC (nueva redacción de los artículos 5 y 6 del RIIC por parte de los artículos 2.º y 3.º del Real Decreto 91/2001); manteniéndose un régimen separado, por un lado, para las SIM y SIMCAV, que consiste en la aplicación del artículo 53 de la LMV y sus normas de desarrollo (artículo 5 RIIC); y, por otro, para los Fondos de Inversión, a los que se aplican porcentajes específicos y, supletoriamente, el régimen del artículo 53 de la LMV antes indicado (artículo 6 RIIC).

5.º También se introducen modificaciones en los deberes de información de las IIC con especial referencia a los hechos específicamente relevantes para la situación o el “desenvolvimiento” (*sic*) de la IIC respectiva (apartados 4 y 5 del artículo 10 del RIIC, según la redacción de artículo 5.º del Real Decreto 91/2001).

6.º Por último, las modificaciones generales de las IIC financieras afectan a su régimen de operaciones y, en concreto, a la posibilidad de que los valores y demás activos financieros integrados en el patrimonio de las IIC puedan ser objeto de operaciones de préstamo bursátil, aun cuando no puedan pignorararse ni constituirse en garantía (artículo 18.1 del RIIC, según la redacción de artículo 10 del Real Decreto 91/2001).

B) En segundo lugar, el Real Decreto 91/2001 modifica algunas disposiciones específicas de las IIC genéricas:

1.º En cuanto se refiere a las SIM y a las SIMCAV, además de las modificaciones introducidas en su proceso constitutivo a las que nos referimos con anterioridad [artículo 9.6.b) y artículo 9.11 del RIIC], procede destacar la modificación de la posible delegación de la gestión de los activos de la sociedad, total o parcial, a entidades habilitadas conforme a la LMV, con particular atención a la delegación de la gestión de los activos extranjeros (artículo 22.2 del RIIC, según la redacción del artículo 11 del Real Decreto 91/2001).

2.º En lo que se refiere a los FIM y a los FIAMM, procede empezar destacando la mayor flexibilidad en sus requisitos de constitución que se deriva

de la posibilidad de constituirlos con patrimonios inferiores, respectivamente, a los 500 y 1.500 millones de pesetas, siempre que no descieran, respectivamente, de 300.000 y 600.000 euros, a condición de que, en el plazo máximo de los seis meses siguientes a su constitución, alcancen las primeras cuantías (artículo 12.2, párrafo 2.º, del RIIC, según la redacción del artículo 7.º del Real Decreto 91/2001). Además, se permite una mayor flexibilidad en la inversión de los FIM [artículo 37.1.a) y b) del RIIC, según la redacción del artículo 14 del Real Decreto 91/2001] y en el régimen de sus participaciones, tanto para considerarlas valores cotizados (artículo 13.5 y 6 del RIIC, según la redacción del artículo 8.º del Real Decreto 91/2001) como para denominarlas en moneda distinta del euro o de la peseta (artículo 41.6 del RIIC, según la redacción del artículo 15 del Real Decreto 91/2001). Por último, también resulta afectado el régimen de inversión del patrimonio de los FIAMM (artículo 49 del RIIC, según la redacción del artículo 18 del Real Decreto 91/2001).

C) Por último, el Real Decreto 91/2001 modifica el régimen de comercialización transfronteriza de las acciones y participaciones de las IIC, afectando tanto a la comercialización de las IIC extranjeras en España como a la de las IIC españolas en el extranjero. En el primer sentido, para las IIC comunitarias y armonizadas, permite una mayor flexibilidad en el proceso de verificación por la CNMV de la documentación que deben presentar, al prever la posible aplicación de las excepciones parciales previstas en el artículo 7.1 del Real Decreto 291/1992, de emisiones (disposición adicional primera del RIIC, modificada por el artículo 25 del Real Decreto 91/2001). En cambio, respecto de las IIC comunitarias no armonizadas o extracomunitarias, introduce la exigencia de que “la reglamentación española regule la misma categoría de IIC a la que pertenece la institución extranjera para la que se solicita autorización” (disposición adicional segunda del RIIC, modificada por el artículo 26 del Real Decreto 91/2001). En segundo lugar, se establece que la CNMV deberá verificar los requisitos de armonización comunitaria para expedir la certificación precisa para que las IIC españolas puedan comercializar sus acciones o participaciones en el extranjero (disposición adicional tercera del RIIC, modificada por el artículo 27 del Real Decreto 91/2001).

### **3. Adición de un régimen reglamentario específico de las IIC especializadas**

El artículo 19.º del Real Decreto 91/2001 añade una nueva Sección 6.ª al Capítulo II del Título I del RIIC, dedicada a las IIC especializadas. Con ello, desarrolla reglamentariamente los preceptos que introdujo la Disposición Adicional 1.ª de la Ley 37/1998, de Reforma de la LMV, en sus núms. 6, 7 y 8, en la LIIC, añadiendo en concreto los artículos 23.bis, 23.ter y 23.quáter a esta LIIC.

El primer tipo de IIC especializadas son las IIC de fondos que se regulan en el artículo 52 bis del RIIC y se caracterizan “por invertir mayoritariamente su activo en acciones o participaciones de varias IIC de carácter financiero”. Pueden pertenecer a tres subtipos, según se trate de sociedades de inversión (SIMF y SIMCAVF) o de fondos de inversión (FIMF) y presentan especialidades en tres aspectos fundamentales: primero, en su política de inversiones; especialidades que afectan tanto a las inversiones de la IIC de fondos o en origen como a las inversiones en las IIC de destino, esto es, las IIC cuyas acciones o participaciones integren mayoritariamente el activo de estas IIC especializadas; segundo, presentan especialidades en sus deberes de información y, tercero, presentan especialidades en el cálculo del valor liquidativo de los FIMF.

El segundo tipo de IIC especializadas son las IIC con estructura de subordinación (las denominadas “master-feeder”) que se organizan mediante Fondos de Inversión Mobiliaria Principales (FIMP) e IIC subordinadas. Los FIMP se regulan en el nuevo artículo 52.ter del RIIC y se caracterizan “por tener como partícipes IIC subordinadas, nacionales o extranjeras”, estableciéndose especialidades que afectan a sus partícipes, su patrimonio, sus inversiones y funcionamiento, su sociedad gestora y el derecho de separación. Las IIC subordinadas están reguladas en el artículo 54.quáter del RIIC y se caracterizan por invertir su activo en un FIMP, pudiendo pertenecer a tres subtipos, según se trate de sociedades de inversión (SIMS o SIMCAVS) o de fondos de inversión (FIMS). Presentan especialidades en la inversión de su activo, en el régimen de cambio de FIMP, en las comisiones aplicables, en el cálculo del valor liquidativo aplicable a las suscripciones y reembolsos de participaciones en FIMS y a sus deberes informativos.

El tercer y último tipo de IIC especializadas son las IIC especializadas en la inversión en valores no negociados en mercados secundarios que son las SIME o los FIME “caracterizados por invertir mayoritariamente en valores de renta fija o variable no negociados en mercados secundarios”. Están reguladas en el artículo 52.quinto del RIIC y presentan especialidades muy intensas tanto en el régimen de sus inversiones como en el de la suscripción o reembolso de sus participaciones.

Por último, señalar que las IIC que estaban inscritas en los registros de la CNMV a 19 de febrero de 2001 podrán adaptar sus Reglamentos, Estatutos Sociales y folletos explicativos para transformarse en algunas de las IIC especializadas conforme a lo previsto en la Disposición Transitoria Única del Real Decreto 91/2001.

#### **4. Modificaciones en el régimen de las entidades auxiliares de las IIC**

A) Unas de las más importantes modificaciones que introdujo el Real Decreto 91/2001 en el RIIC son las referidas a las Sociedades Gestoras de IIC (SGIIC), reguladas específicamente en los artículos 53 y 54 del Capítulo III del Título I de aquél RIIC. En primer lugar, se han modificado las condiciones de acceso a la actividad de estas SGIIC mediante la nueva redacción que se ha dado a diversos apartados del artículo 9 del RIIC por parte del artículo 4.º del Real Decreto 91/2001. Estas modificaciones han afectado tanto a los requisitos exigibles para obtener y conservar la autorización y el derecho a inscripción en los registros de la CNMV como al régimen de tales registros y al de las modificaciones estatutarias. En particular, destaca la adición de un régimen específico de revocación de la autorización concedida a una SGIIC en el nuevo artículo 9.12 del RIIC y de suspensión de efectos de dicha autorización en el nuevo artículo 9.13 del mismo RIIC. En segundo lugar, conviene destacar el nuevo régimen de los recursos propios y complementarios que resultan exigibles a las SGIIC conforme a lo dispuesto en la redacción dada por el artículo 20.1 del Real Decreto 91/2001 al artículo 53.1.d) del RIIC, que exige que las mismas dispongan en todo momento de un capital social mínimo de 300.000 euros o su equivalente en pesetas, íntegramente desembolsado; recursos que deberán incrementarse en proporciones decrecientes según lo previsto en aquél artículo. También destaca la tendencia a la homogeneidad con el régimen aplicable a las empresas de servicios de inversión que se observa al ver que el artículo 53.1.g) del RIIC —añadido por el artículo 20.2 del Real Decreto 91/2001— declara la aplicación a estas SGIIC del régimen de adquisición, transmisión y publicidad sobre participaciones accionariales establecido en el artículo 69 de la LMV y en sus normas de desarrollo. En tercer lugar, destacan las modificaciones funcionales que afectan a la posibilidad de que las SGIIC subcontraten con una tercera entidad financiera la gestión de los activos extranjeros de las IIC que administren (artículo 53.2 del RIIC, añadido por el artículo 20.3 del Real Decreto 91/2001); y a la ampliación de las funciones previstas en el artículo 54 del RIIC a la posibilidad de que las SGIIC gestionen, por cuenta de los Fondos de Inversión que administren, la suscripción y reembolso de sus participaciones. Esta actividad de intermediación podrá ser realizada por las SGIIC, bien directamente o bien mediante agentes o apoderados; cumpliendo, en este último caso, los requisitos reglamentarios específicamente previstos (artículo 54.bis del RIIC, añadido por el artículo 21 del Real Decreto 91/2001).

B) En segundo lugar, el Real Decreto 91/2001 afecta también al régimen de los Depositarios de las IIC, previsto específicamente en los artículos 55 y 56 del Capítulo III del Título I del RIIC. Las modificaciones reglamentarias empiezan por las condiciones de acceso de las entidades de crédito y las sociedades y agencias de valores a la actividad de Depositarios de IIC, que se producirá

en dos fases: en la primera se requiere la autorización de la CNMV que deberá comprobar que la entidad dispone de los medios y capacidades necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Obtenida la autorización, la entidad deberá inscribirse en el Registro de Depositarios de IIC que lleva la propia CNMV [véanse los apartados 3, 6.c), 7 y 8.8 del artículo 9 del RIIC, en la redacción dada por el artículo 4.º del Real Decreto 91/2001]. En segundo término, se ha reducido a la mitad el importe máximo permitido para la comisión del Depositario en los FIM que ha pasado del 4 al 2 por 1000 anual del patrimonio custodiado, con previsión de incrementos excepcionalmente admitidos por la CNMV cuando se trate de Depositarios que deban cumplir sus funciones en el extranjero y sin perjuicio de las comisiones que perciban por la realización de operaciones de compra o venta, cobro de cupones, etc. (artículo 45.5 del RIIC, según la nueva redacción dada por el artículo 17 del Real Decreto 91/2001). Por último, se modifica el régimen de depósito de valores en el exterior introduciendo la exigencia de que “en todo caso, deberá garantizar que la propiedad, el pleno dominio y la libre disposición de los activos pertenecen, en todo momento, a la IIC” (artículo 55.7 del RIIC, según redacción del artículo 22 del Real Decreto 91/2001).

C) Por último, debemos resaltar el régimen de las operaciones vinculadas de las IIC que se introduce con la nueva redacción del apartado 4 del artículo 58 del RIIC conforme al artículo 23 del Real Decreto 91/2001. Este nuevo régimen establece los tres aspectos siguientes: primero, su ámbito subjetivo, que extiende, por un lado, a las personas enumeradas en el artículo 7.1 del RIIC (que son los consejeros, administradores o directores de las IIC y de las SGIIC) y, por otro, a las entidades pertenecientes al mismo grupo que una SIM, SIMCAV o SGIIC y a sus consejeros, administradores o directores. En segundo lugar, su ámbito objetivo, mediante la definición de “operaciones vinculadas”, noción que abarca el cobro de remuneraciones por la prestación de servicios a una IIC, la obtención por una IIC de financiación o la constitución de depósitos y la adquisición por una IIC de valores o instrumentos emitidos o avalados por las personas indicadas. Por último, se señalan las normas de conducta que deben cumplir las personas indicadas cuando realicen las operaciones vinculadas y que consisten, básicamente, en exigir de las SGIIC la previsión de un procedimiento formal interno de verificación de aquellas operaciones, con la creación de una comisión independiente; y en la información de tales operaciones en los folletos y en la información periódica.

*Alberto Javier Tapia Hermida*

## 7. SANEAMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE COMPAÑÍAS DE SEGUROS. DIRECTIVA COMUNITARIA

La primera Directiva 73/139/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida y a su ejercicio (modificada por la Directiva 92/49/CEE), así como la primera Directiva 79/267/CEE del Consejo, de 5 de marzo de 1979, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo sobre la vida y a su ejercicio (modificada por la Directiva 92/96/CEE) establecieron, como principio armonizador, una única autorización para las compañías de seguro conferida por la autoridad de supervisión del Estado miembro de origen, que le permitiese la libre prestación de servicios (o el ejercicio de sus actividades en toda la Comunidad mediante su establecimiento), sin otras autorizaciones del Estado miembro de acogida.

Sin embargo aquellas Directivas no previnieron normas de coordinación para el caso de tenerse que aplicar medidas de saneamiento o incoarse procesos de liquidación. Ha de hacerse recordatorio de que las compañías de seguros están excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, del Consejo de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia. Para evitar tal laguna y porque las medidas de saneamiento son especialmente relevantes en un sector económico fundamental para el ahorro, se ha aprobado la Directiva 2001/17/CE (en adelante “la Directiva”) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, relativa al saneamiento y liquidación de las compañías de seguros, que habrá de ponerse en vigor antes del 20 de abril de 2003.

El ámbito de aplicación de la Directiva se extiende a las compañías de seguros que tengan su domicilio social en la Comunidad, y a sus sucursales en otros Estados miembros comunitarios (artículo 1.1). También se aplican las medidas de saneamiento y los procedimientos de liquidación a las sucursales que, en el territorio de la Comunidad (artículo 1.2), posean compañías de seguros cuyo domicilio social se sitúe fuera de la Comunidad, en tal caso se considerará como Estado miembro de origen y a sus autoridades administrativas y judiciales con la facultades pertinentes, al Estado miembro que haya concedido la autorización para el ejercicio de la actividad aseguradora, no obstante si tal compañía aseguradora tuviera sucursales en distintos Estados miembros, se tratará cada sucursal de forma independiente (artículo 32).

La determinación del Estado miembro de origen es fundamental, habida cuenta que sus autoridades administrativas o judiciales serán las únicas competentes para decidir sobre las medidas de saneamiento o la incoación de procedi-

mientos de liquidación, rigiéndose tales medidas y procedimiento únicamente por lo dispuesto en su legislación, surtiendo efectos en toda la Comunidad, sin más trámites (artículos 4, 8 y 9), incluso para solicitar la inscripción de aquellas medidas o procedimiento de liquidación el Registro de la propiedad, Registro Mercantil o cualquier otro registro público existente en los demás Estados miembros.

La preservación y, en su caso, restauración de la solidez financiera de las compañías de seguros constituye la finalidad de la Directiva, procurándose mediante las medidas de saneamiento mantener o restablecer la situación financiera de aquellas entidades, en cuanto afecten a los derechos preexistentes de terceros, incluyéndose entre las mismas la posibilidad de suspensión de pagos, una suspensión de las medidas de ejecución o una reducción de los créditos.

De la adopción de medidas de saneamiento ha de ser “informada urgentemente la autoridad de supervisión”, antes de su adopción o, de no ser posible, inmediatamente después de adoptada. Autoridad nacional que a su vez habrá de informar también urgentemente a las autoridades de supervisión de los restantes Estados miembros, con indicación de los posibles efectos prácticos de tales medidas. Deberes de comunicación que se mantienen con el mismo alcance en los supuestos de incoación de procedimientos de liquidación.

Cuando sea posible presentar recurso contra una medida de saneamiento, la autoridad administrativa o judicial competente, al administrador o cualquier persona facultada al efecto en el Estado miembro de origen hará pública su decisión relativa a la medida de saneamiento conforme a los procedimientos de publicidad previstos en el Estado miembro de origen y los añadidos en el artículo 6 de la Directiva.

La información a los acreedores conocidos que tengan su residencia habitual, domicilio o domicilio social en otros Estados miembros, será precisa cuando la legislación aplicable exija la presentación de los créditos para su reconocimiento, o disponga la notificación obligatoriamente. Si la legislación aplicable establece el derecho de los acreedores a presentar sus créditos o a presentar observaciones sobre los mismos, dicho derecho habrá de reconocerse a los acreedores que residan en otros Estados miembros (artículo 7).

La Directiva afecta a los procedimientos de liquidación, se basen o no en la insolvencia, sean voluntarios u obligatorios. La adopción de medidas de saneamiento no impide la apertura de procedimientos de liquidación, los cuales podrán iniciarse en ausencia o a consecuencia de la adopción de tales medidas de saneamiento.

Si la legislación del Estado miembro de origen, como ya se indicó, es la aplicable a los procedimientos de liquidación, en términos generales, habida

cuenta de la existencia de excepciones concretas. En el artículo 9 de la Directiva se establecen, por si pudieran surgir dudas, las materias en relación con la que, en todo caso y en particular, es aplicable aquella legislación: a) los bienes que forman parte de la masa y el destino de los bienes adquiridos por la compañía de seguros, o transferidos a ésta, después de incoado el procedimiento de liquidación; b) las facultades respectivas de la compañía de seguros y del liquidador; c) las condiciones de oponibilidad de una compensación; d) los efectos del procedimiento de liquidación sobre los contratos vigentes en los que sea parte la compañía de seguros; e) los efectos de un procedimientos de liquidación en las diligencias judiciales individuales, con excepción de las causas pendientes; f) los créditos que deban incluirse en el pasivo de la compañía de seguros y al destino de los créditos nacidos después de incoado el procedimiento de liquidación; g) las normas relativas a la presentación, examen y reconocimiento de los créditos; h) las normas del reparto del producto de la realización de los bienes la prelación de los créditos y los derechos de los acreedores que hayan sido parcialmente indemnizados después de la incoación del procedimiento de liquidación en virtud de un derecho real o por efecto de una compensación; i) las condiciones y efectos de la clausura del procedimiento de liquidación, en particular del convenio; j) los derechos de los acreedores después de terminado el procedimiento de liquidación; k) la imposición de las costas y gastos del procedimiento de liquidación, y l) las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos jurídicos perjudiciales para el conjunto de los acreedores.

Singular importancia tiene en el procedimiento de liquidación la consideración que ha de darse a los créditos de seguro. Efectivamente, indica el artículo 10 de la Directiva, la obligación de los Estados miembros de garantizar que los créditos de seguro tengan prioridad sobre otros créditos en contra de la compañía sometida a tal procedimiento liquidativo, según uno o de acuerdo con los dos métodos siguientes:

1) Respecto de los activos que representen las provisiones técnicas, los créditos de seguro tendrán prioridad absoluta sobre cualquier otro crédito en contra de la compañía.

2) Respecto de la totalidad de los activos de la compañía de seguros, los créditos de seguro tendrán prioridad sobre cualquier otro crédito en contra de la compañía, con la única excepción de los siguientes créditos que, debiendo estar consignados en la contabilidad de la compañía, estén cubiertos por los activos definidos en el artículo 21 de la Directivas 92/49 y de la Directiva 92/96:

2.1) Los créditos a favor de los asalariados en razón de su contrato o relación de trabajo.

2.2) Los créditos a favor de organismos públicos por conceptos fiscales.

- 2.3) Los créditos a favor de los regímenes de Seguridad Social
- 2.4) Los créditos sobre activos gravados con derechos reales.

Sin perjuicio del deber de la autoridad competente de “anunciar” su decisión de iniciar el procedimiento de liquidación, en los términos precisos del artículo 14, todo acreedor conocido que tenga su residencia habitual, domicilio o domicilio social en otros Estados miembros, tendrá derecho a ser notificado, incluyendo determinada información mínima, del procedimiento de liquidación, “por escrito y sin demora e individualmente” (artículo 15). Aquellos acreedores, incluyendo las autoridades públicas, tendrán derecho a presentar sus créditos u observaciones relativas a aquéllos, disfrutando del mismo trato y de la misma prelación que los créditos de naturaleza equivalente que puedan presentar los acreedores con residencia o domicilio en el Estado miembro de origen.

Consecuencia trascendental para la compañía de seguros sometida a un procedimiento de liquidación es la retirada de la autorización, si bien tal no impedirá que el liquidador o autoridad competente continúe determinadas actividades en la medida en que sean necesarias o adecuadas para efectuar la liquidación (artículo 13).

Del principio de aplicación de la legislación del Estado miembro de origen se exceptúan:

- a) Los contratos de trabajo y las relaciones laborales que se registrarán únicamente por la legislación del Estado miembro aplicable al contrato o relación de trabajo.
- b) Los contratos que otorguen derecho de uso o de adquisición de un bien inmueble que se registrarán únicamente por la ley del Estado miembro en cuyo territorio hubiere estado situado el inmueble.
- c) Los derechos de la compañía de seguros sobre un bien inmueble, un buque o una aeronave que estén sujetos a la inscripción en un registro público que se registrarán por la ley del Estado miembro bajo cuya autoridad se lleve a registro.

Lo mismo sucede con los pleitos pendientes, de tal manera que los efectos de las medidas de saneamiento o del procedimiento de liquidación en una causa pendiente relativa a un bien o un derecho del que se haya desposeído a la compañía de seguros se registrarán exclusivamente por la ley del Estado miembro en que se siga dicha causa.

Los derechos reales de los acreedores o de terceros así como las reservas de dominio, tienen un tratamiento singular en cuanto a su afectación por las medidas de saneamiento o por el procedimiento de liquidación.

Efectivamente, en relación con los primeros y respecto de los activos materiales o inmateriales, muebles o inmuebles (activos específicos o conjuntos de activos indeterminados cuya composición esté sujeta a modificación) pertenecientes a la compañía liquidada y situados, en el momento de la incoación del procedimiento, en el territorio de otro Estado miembro, no resultan afectados por aquel procedimiento.

En cuanto los bienes adquiridos por la compañía de seguros y afectados por un derecho del vendedor basado en una reserva de dominio, no quedarán afectados por aquellas medidas de saneamiento o por el procedimiento de liquidación, cuando dicho bien se encuentre, en momento de la adopción de las medidas o de incoación del procedimiento, en el territorio de un Estado miembro que no sea el de adopción de tales medidas o procedimiento. Si el bien es vendido por la compañía de seguros y entregado al comprador, aquellas medidas de saneamiento o procedimiento de liquidación no impedirá que adquiera el dominio, si el bien tiene la ubicación antes señalada.

Respecto de la protección de terceros compradores se establece que cuando, mediante un acto celebrado tras la adopción de una medida de saneamiento o la incoación de un procedimiento de liquidación, la compañía de seguros se desprenda a título oneroso de un bien inmueble, de un buque o de una aeronave sujetos a inscripción en un registro público, o de valores negociables u otros títulos cuya existencia o transferencia suponga una inscripción en un registro o en una cuenta prevista por la ley o que estén colocados en un sistema de depósito central, la validez del acto se regirá por la legislación del Estado en cuyo territorio esté situado el bien inmueble, o bajo cuya autoridad se lleve el registro, la cuenta o el sistema.

La importancia del sector de los seguros en las economías y sistemas financieros nacionales y en el comunitario determina que se establezca el deber de “secreto profesional” a toda persona que deba recibir o facilitar información en el marco de los procedimientos de información a las autoridades nacionales de supervisión del Estado miembro de origen o en los de estos a las mismas autoridades de los demás Estados miembros.

*Antonio Tapia Hermida*

---

# BIBLIOGRAFÍA

---

## DERECHO BANCARIO

### — OBRAS GENERALES

CLAUSSEN, C.P., *Bank- und Börsenrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., Munich (2000), 695 pp.

FISCHER/KLANTEN, *Bankrecht. Grundlagen der Rechtspraxis*, 3.<sup>a</sup> ed., Colonia (2000), 138 pp.

### — EL MOVIMIENTO LEGISLATIVO EN MATERIA BANCARIA EN OTROS PAÍSES

ANELLO, P., “La ‘lege Ciampi’ e la ristrutturazione delle fondazioni bancarie”, en *Società* (1999), p. 541.

DALE, R., “Reforming Japan’s Payment, Clearing and Settlement Systems: Part II: Securities and Derivatives Settlement”, en *Journal of International Banking Law* (1999), p. 230.

HAMMOND/KOZYRENKO, “Russia’s New Law on the Insolvency of Credit Institutions”, en *Journal of International Banking Law* (1999), p. 250.

LASTRA, R.M., “Banking Regulation in the 1990s”, en *Journal of International Banking Law* (1999), p. 45.

### — NORMATIVA DE LA CEE EN MATERIA BANCARIA

DI MARCO, G., “La proposta di direttiva sulla vendita a distanza di servizi finanziari (Presentazione a proposta di direttiva 14 ottobre 1998)”, en *Società* (1999), p. 120.

GIARDINA, A., “L’euro: aspetti internazionalprivatistici”, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (1999), p. 789.

HIRTE, H., *Europäisches Bankrecht*, Colonia (2000), 628 pp.

SUPERTI FURGA, F., “Le conseguenze dell’introduzione dell’Euro sui bilanci bancari (Commento a Prov. Banca d’Italia 7 agosto 1998)”, en *Società* (1999), p. 211.

THIEFFRY, G., “The legal Impact of EMU on the Continuity of Financial Obligations - What Impact?”, en *Journal of International Banking Law* (1999), p. 107.

— ESTATUTO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

BONGIORNO, G., “La posizione delle banche nelle procedure concorsuali”, en *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, I (1999), p. 904.

CRONIN, M.T., “UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: Procedural Approach to a Substantive Problem”, en *Journal of Corporation Law*, vol. 24 (1998-1999), p. 641.

DOWE, CH., *Einlagensicherungssysteme in Deutschland, Frankreich und Grossbritannien. Unter dem europäischen Gemeinschaftsrecht*, Frankfurt (2000), 333 pp.

DUURSMA, D., *Fusionskontrolle bei Banken. Europäische und nationale Regelungen der Zusammenschlusskontrolle*, Viena (1999), 183 pp.

KIRSTEN, D., *Das bankspezifische Shareholder-Value-Konzept. Anwendbarkeit und Konkretisierung für deutsche Kreditinstitute*, Wiesbaden (2000), 281 pp.

KLEINERT, J., *Einlagensicherungssysteme nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, Baden-Baden (1999), 267 pp.

MARKUS, B., *Organschaftliche Verpflichtungen bei Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen*, Gotinga (1999), 186 pp.

MAROBBO, M., “La formazione dello stato passivo nella liquidazione coatta amministrativa. Estensione e limiti delle dichiarazioni emesse dal commissario liquidatore”, en *Banca Borsa Titoli di Credito*, n.º 6, parte 2.ª (2000), p. 709.

MERCURIO, V., “Brevi note sul regime fiscale delle fondazioni bancarie”, en *Diritto e pratica tributaria I* (1999), p. 1.220.

BANCOS

BOGGIO, L., “La partecipazione delle banche nelle imprese industriali: el ‘tramonto’ del principio di separatezza”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* n.º 1, parte 1.ª, (2001), p. 30.

CAJAS DE AHORROS

LOHMILLER, R., “Beteiligungsfinanzierung kommunaler Sparkassen durch Kapitalbeteiligungsgesellschaften”, en *WM* n.º 50 (2000), p. 2.473.

## COOPERATIVAS DE CRÉDITO

D'AMARO, T., "Banche popolari e banche di credito cooperativo: elementi di disciplina comune (seconda parte)", en Società (1999), p. 41.

FABBIANI, E., "La disciplina degli emittenti di titoli diffusi in misura rilevante. Riflessi sulle banche popolari", en Società (1999), p. 1.183.

## — ÓRGANOS DE VIGILANCIA Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD BANCARIA

CASADEI, D., "La responsabilità della società di revisione", Quaderni Ceradi, Serie Saggi n.6, Milán (2000), XIX-196 pp.

GRASSES, G., *Internationalisierung der Abschlussprüfung. Zur Kohärenz von international accounting standards und international standards on auditing*, Wiesbaden (2000), 330 pp.

RAZZANTE, R., "Le nuove istruzioni di vigilanza per le banche: prime riflessioni (Commento a Circolare Banca d'Italia 21 aprile 1999, n. 229)", en Società (1999), p. 1.123.

ROTH/KOKEMOOR, "Auf dem Weg zu risikosensitiveren Kapitalanforderungen: Zur beabsichtigten Neuregelung der angemessenen Eigenkapitalausstattung durch den Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht", en WM n.º 49 (2000), p. 2.409.

## — BANCA EXTRANJERA (ACTIVIDAD INTERNACIONAL DE LA BANCA)

FRIESEN/LUSTGARTEN/PRESTI, "The 1998 Basel Committee Supervisory Initiatives and their Potential Consequences on International Banking Activities", en Journal of International Banking Law (1999), p. 55.

GUBLER, PH., "Causes and Consequences of Mergers in Banking: The Case of UBS", en Journal of International Banking Law (1999), p. 155.

NOBEL, P., "Entwicklungen im Bank und Kapitalmarktrecht im Jahre 2000", en SJZ n.º 1 (2001), p. 5.

PIERCE, S., "LOBs: Time to Revisit Typical U.S. Bank Bridge Terms?", en Journal of International Banking Law (1999), p. 1.

## — CONTRATOS BANCARIOS

BONAITI, A., "Le obbligazioni 'di qualsiasi natura' degli esponenti bancari ed il procedimento ex art. 136 d.legs.n. 385/1993", en Banca Borsa Titoli di Credito, n.º 6, parte 1.<sup>a</sup> (2000), p. 779.

FALCONE, G., “Ancora sull’invalidità dei contratti ‘a valle’ per contrasto delle ‘norme bancarie uniformi’ con la disciplina antitrust”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 1, parte 2.<sup>a</sup> (2001), p. 99.

GABRIEL, H.D., “The New United States Uniform Electronic Transactions Act: Substantive Provision, Drafting History and Comparison to the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce”, en Uniform Law Review n.º 4 (2000), p. 651.

GIUSTI, G., “Note in tema di sequestro liberatorio ed usurarietà sopravvenuta del tasso di interesse”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 1, parte 2.<sup>a</sup> (2001), p. 111.

GUCCIONE, A.V., “Il credito al consumo finalizzato all’acquisto di beni tra testo unico bancario e norme in materia di clausole abusive”, en Banca Borsa Titoli di Credito, n.º 6, parte 2.<sup>a</sup> (2000), p. 730.

KULKE, U., “Haustürwiderrufsrecht und Kreditvollmacht”, en ZBB n.º 6 (2000), p. 407.

MAUL, K.-H., “Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung bei vorzeitiger Ablösung von Festzinsdarlehen”, en BB n.º 49 (2000), p. 2.477.

POCAR/MALATESTA, “Gli effetti dell’euro sui contratti internazionali”, en Rivista di diritto internazionale privato e processuale (1999), p. 201.

SÁNCHEZ FELIPE, J.M., “La réglementation du commerce électronique dans l’Union européenne”, en Uniform Law Review n.º 4 (2000), p. 665.

SHORE, L., “The Advantages of Arbitration for Banking Institutions”, en Journal of International Banking Law (1999), p. 347.

SIMMONDS, J., “Unfair Contract terms - The Banker’s View”, en Journal of International Banking Law (1999), p. 81.

ZUCCHETTI, S., “Trasferimento del credito risarcitorio nella cessione del credito alla prestazione”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 1, parte 2.<sup>a</sup>, (2001), p. 59.

## **— PRÉSTAMO**

BUCKLEY, R.P., “The Law of Emerging Markets Loan Sales”, en Journal of International Banking Law (1999), p. 110.

DOLMETTA, A.A., “Le prime sentenze della Cassazione civile in materia di usura ex lege n. 108/1996”, en Banca Borsa Titoli di Credito, n.º 6, parte 2.<sup>a</sup> (2000), p. 627.

LANGE/FRANK, “Widerruflichkeit von Darlehensverträgen zur Finanzierung von Immobilienfonds an dem Haustürwiderrufsgesetz”, en WM n.º 48 (2000), p. 2.364.

MUCCIARONE, G., “L’anatocismo bancario: tra usi, interventi governativi e clausola Nub”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 1, parte 2.ª (2001), p. 7.

#### — GARANTÍAS EN LA ACTIVIDAD BANCARIA

DASSESE, M., “Taking Collateral over Euroclear Securities: a Belgian Pledge Too Far?”, en Journal of International Banking Law (1999), p. 141.

RESCIGNO, M., “La garanzie ‘rotative’ convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina”, en Banca Borsa Titoli di Credito n.º 1, parte 1.ª (2001), p. 1.

SPARANO, P. “Società finanziarie e rilascio di garanzie fideiussorie (Commento a Trib. Napoli 11 marzo 1999, ord.)”, en Società (1999), p. 1.093.

TARTAGLIA, P., *I negozi atipici di garanzia personale*, Milán (1999), X-160 pp.

WING WO, L., “Negative Pledges and Their Effect on a Third Party”, en Journal of International Banking Law (1999), p. 360.

#### — CRÉDITO DOCUMENTARIO

CONNERTY, A., “Documentary Credits: A Dispute Resolution System from the ICC”, en Journal of International Banking Law (1999), p. 65.

JOHNSON, A., “Letters of Credit and Original Documents - Again”, en Journal of International Banking Law (1999), p. 287.

LOMBARDINI, C., “Droit et pratique du crédit documentaire”, 2.ª ed., Basilea-Ginebra-Munich (2000), XVIII-298 pp.

SANTAGATA, B., “Brevi note in tema di eccezioni pretestuose e limiti del formalismo nel credito documentario”, en Banca Borsa Titoli di Credito, n.º 6, parte 2.ª (2000), p. 700.

WARD, A., “The Nature of Negotiation Under Documentary Credits”, en Journal of International Banking Law (1999), p. 292.

#### — OTROS SERVICIOS BANCARIOS. TARJETA DE CRÉDITO

BOHNET, F., “The Liability of the Holder of a Credit Card for Unauthorized Purchases under Swiss Law: Shall we Follow the American Model?”, en SZW/RSDA n.º 6 (2000), p. 265.

HOFFMANN, J., “Kollisionsrechtliche Aspekte des Überweisungsgesetzes”, en ZBB n.º 6 (2000), p. 391.

SOTO NIETO, F., “Robo con fuerza en las cosas. Utilización ilegítima de tarjeta de crédito”, en La Ley n.º 5284 (6 de abril de 2001), p. 16.

## DERECHO BURSÁTIL

### — EL MOVIMIENTO LEGISLATIVO EN MATERIA BURSÁTIL EN OTROS PAÍSES Y EN LA CEE

ABI/BORSISTI/FANNO, *La riforma dei mercati mobiliari italiani*, Roma (1999), 194 pp.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, *Legislación del Mercado de Valores*, Madrid (2000), 1.759 pp.

CURTIS, ST., “A Practical Guide to the New FSA Rules for Securitisations and Loan Transfers”, en *Journal of International Banking Law* (1999), p. 260.

DI NOIA/RAZZANTE, *Il nuovo diritto societario e dell’intermediazione finanziaria*, Padua (1999), X-658 pp.

PATRONI GRIFFI/SANDULLI/SANTORO, *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, Turín (1999), XXVI-1404 pp.

SIEBEL/GEBAUER, “Prognosen im Aktien- und Kapitalmarktrecht - Lagebericht, Zwischenbericht, Verschmelzungsbericht, Prospekt usw”, en WM n.º 3 (2001), p. 118.

SODERQUIST/GABALDÓN, *Securities Law*, 7.ª ed., Nueva York (1998), XIV-189 pp.

WALKER/FOX, “Securities Regulation and Securities Markets in New Zealand”, en *Journal of International Banking Law* (1999), p. 373.

WEBER, R., *Neuere Entwicklungen im Kapitalmarktrecht*, Zurich (2000), 287 pp.

### — OTROS ÓRGANOS DE VIGILANCIA Y CONTROL

KARPF, A., *Wertpapieraufsichtsgesetz und Verbraucherschutz*, Viena (2000), 215 pp.

SCHWARK, E., “Zur rechtlichen Zulässigkeit der Konzerneingliederung des Trägers der Frankfurter Wertpapierbörse unter eine ausländische Holding und eines blue-chips-Handelssegments in alleiniger Zuständigkeit einer ausländischen Börsenholding”, en WM, n.º 51/52 (2000), p. 2.517.

#### — RÉGIMEN DE ORGANIZACIÓN DE LOS MERCADOS

FISCHBACH, N., *Organisationspflichten von Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach Paragraf 33 Abs. 1 Nr. 1 WpHG*, Hamburgo (2000), 242 pp.

HANFT/KRETSCHMER, “Quartalspublizität am Neuen Markt”, en Die AktienGesellschaft n.º 2 (2001), p. 84.

#### — ADMISIÓN A COTIZACIÓN

CHEFFINS, B.R., “Playing the Stock Market: ‘Going Public’ and Professional Team Sports”, en Journal of Corporation Law, vol. 24 (1998-1999), p. 641.

KRAMER, K.-H., *Die Börseneinführung als Finanzierungsinstrument deutscher mittelständischer Unternehmen*, Wiesbaden (2000), 427 pp.

NOWAK-JAMES, D., *Der Börsenzugang für Anleger in Deutschland und Polen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen Finanzkommissionsgeschäft und zum polnischen Brokerauftragsvertrag*, Frankfurt (2000), 498 pp.

ZACHARIAS, E., *Börseneinführung mittelständischer Unternehmen. Rechtliche und wirtschaftliche Grundlagen sowie strategische Konzepte bei der Vorbereitung und bei der Durchführung des Going Public*, 2.ª ed., Berlín (2000), 447 pp.

#### — CONTRATOS BURSÁTILES. EN GENERAL

BECHTEL, M.M., *Anlageberatung der Kreditinstitute im Wandel. Aufklärungs-, Beratungs- und Informationspflichten am Beispiel von Optionsgeschäften mit Privatkunden*, Colonia (1999), 368 pp.

BERGER, B., *Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung. Dargestellt anhand der Informationspflicht des Effekthändlers*, Berna (2000), 187 pp.

EINSELE, D., “Wertpapiere im elektronischen Bankgeschäft”, en WM n.º 1 (2001), p. 7.

GIBSON, W.E., “Are Swap Agreements Securities or Futures?: The Inadequacies of Applying the Traditional Regulatory Approach to OTC Derivatives Transactions”, en *Journal of Corporation Law*, vol. 24 (1998-1999), p. 349.

HAIRE, M.B., “The Fiduciary Responsibilities of Investment Bankers in Change-of-Control Transactions: In re Daisy Systems Corp.”, en *New York University Law Review*, vol. 74 (1999), p. 277.

LONGO, D., “Chiarimenti Consob sulla prestazione dei servizi di investimento tramite Internet (Commento a Comunicazione Consob 7 luglio 1999, n. 99052889)”, en *Società* (1999), p. 1.128.

RINZE/KLÜBER, “Securitisation und das Rechtsberatungsgesetz”, en *BB n.º* 49 (2000), p. 2.483.

VORTMANN, J., *Prospekthaftung und Anlageberatung. Handbuch*, Stuttgart (2000), 409 pp.

## — OPAs

BEBCHUK/FERRELI, “Federalism and Corporate Law: The Race to Protect Managers from Takeovers”, en *Columbia Law Review*, vol. 99 (1999), p. 1.168.

GARMS, R.M., “Shareholder By-Law Amendments and the Poison Pill: The Market for Corporate Control and Economic Efficiency”, en *Journal of Corporation Law*, vol. 24 (1998-1999), p. 433.

HUBER, P., *Übernahmegesetz. Kommentar*, Viena (1999), 292 pp.

MASTROPAOLO, E.M., “Doppia offerta pubblica di scambio: il caso S.A. PARIBAS contre BPN” en *Rivista del Diritto commerciale* núms. 3-4/5-6 (2000), p. 169.

PICONE, L., “Il prezzo dell’OPA indiretta (Commento a Comunicazione Consob 12 luglio 1999, n. DIS/99053857)”, en *Società* (1999), p. 1.263.

PICONE, L., “Patti parasociali e OPA obbligatoria (Commento a Comunicazione Consob 13 agosto 1999, n. DIS/99061705)”, en *Società* (1999), p. 1.491.

PROVERBIO, D., “Brevi note in tema di OPA a cascata (Commento a Comunicazione Consob 24 febbraio 1999, n. DIS/99012964)”, en *Società* (1999), p. 885.

RAGUSA MAGGIORE, G., “Shareholder’s value e liberismo. A proposito dell’opa Olivetti”, en *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, I (1999), p. 5.

ROMANELLI, S., “Accertamento da parte della Consob dei reati di insider trading e di aggioaggio”, en *Società* (1999), p. 1.181.

SALAFIA, V., “Il procedimento per il lancio di una OPA”, en *Società* (1999), p. 393.

SEATZU, F., “Le O.P.A. nel diritto internazionale privato italiano”, en *Giurisprudenza commerciale* (2000), p. 730.

TUCCI, A., “Condizioni dell’opa obbligatoria e acquisizione del controllo mediante patti di sindacato (Commento ad App. Milano 27 novembre 1998)”, en *Società* (1999), p. 216.

#### — RÉGIMEN DE LOS INSIDER

AGOSTONI, P., “L’informazione societaria nei gruppi quotati dopo l’emanazione del D.Lgs. n. 58/98”, en *Società* (1999), p. 279.

ANNUNZIATA, F., “La nuova disciplina delle comunicazioni societarie al pubblico e alla Consob”, en *Società* (1999), p. 398.

BIEHL, K., *Insider im Insolvenzverfahren. Herne u.a.: Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis 2000*, Heidelberg (2000), 230 pp.

COLAVOLPE, A., “Le norme Consob su comunicazione delle partecipazioni rilevanti e trasparenza dei patti parasociali (Commento a Deliberazione Consob 24 novembre 1998, n. 11715)”, en *Società* (1999), p. 358.

COWAN BAYNE, S.J., “Insider Trading: The Misappropriation Theory Ignored: Ginsburg’s O’Hagan”, en *University of Miami Law Review*, vol. 53 (1998/1999), p. 1.

COWAN BAYNE, S.J., “Insider Trading: Ginsburg’s O’Hagan: Insider Trading Ignored”, en *University of Miami Law Review*, vol. 53 (1998/1999), p. 423.

D’AMICO, G., “L’informazione societaria nelle società quotate e nelle piccole imprese”, en *Società* (1999), p. 25.

DAVIS, J.L., “A Redundancy of Remedies: Insider Trading and United States v. O’Hagan, a Comparison of Sections 10(b) and 14(e) of the Securities Exchange Act of 1934 under the Misappropriation Theory”, en *University of Miami Law Review*, vol 53 (1998/1999), p. 169.

FOSCHI, P., “Accertamento da parte della Consob dei reati di insider trading e di aggioaggio”, en *Società* (1999), p. 1.181.

FRIGNANI, A., “I primi orientamenti della Consob concernenti la diffusione di informazioni price sensitive a terzi (Commento a Comunicazione Consob 14 dicembre 1998, n. RM 198090352)”, en *Società* (1999), p. 1.113.

HARTMANN, J., *Juristische und ökonomische Regelungsprobleme des Insiderhandels*, Frankfurt (1999), 289 pp.

LANGEVOORT, D., “Rereading Cady, Roberts: The Ideology and Practice of Insider Trading Regulation”, en *Columbia Law Review*, vol. 99 (1999), p. 1.319.

LENER, R., “La diffusione delle informazioni price sensitive tra informazione societaria e informazione riservata”, en *Società* (1999), p. 142.

PRAKASH, S., “Our Disfunctional Insider Trading Regimen”, en *Columbia Law Review*, vol. 99 (1999), p. 1.491.

SALAFIA, V., “L’informativa societaria e l’efficienza del mercato”, en *Società* (1999), p. 1.029.

SINGHOF, B., “Zur Weitergabe von Insiderinformationen im Unterordnungskonzern”, en *ZGR* n.º 1 (2001), p. 146.

WOLF, T., *Rechtsanwendungsprobleme des neuen Insiderstraftatbestandes mit Vergleichen zu US-amerikanischen und Schweizer Lösungsansätzen*, Constanza (1999), XXIX-188 pp.

#### — SOCIEDADES Y FONDOS DE INVERSIÓN

GENTILE, G., “L’applicazione della legge sulla cartolarizzazione ai fondi comuni di credito”, en *Banca Borsa Titoli di Credito*, n.º 6, parte 1.ª (2000), p. 754.

GIOIA CARABELLESE, P., “I criteri di uniformazione dei fondi comuni di investimento (Commento a D.M. 24 maggio 1999, n. 228)”, en *Società* (1999), p. 1.249.

MEO, G., “La liquidazione volontaria delle SIM: effetti sull’autorizzazione e sull’iscrizione all’albo: i poteri delle autorità di vigilanza”, en *Banca Borsa Titoli di Credito*, n.º 6, parte 1.ª (2000), p. 737.

ROSA, A., “La nuova disciplina delle imprese di investimento nell’ordinamento spagnolo”, en *Banca Borsa Titoli di Credito*, n.º 6, parte 1.ª (2000), p. 804.

### TÍTULOS VALORES

#### — VALORES MOBILIARIOS

GIOIA CARABELLESE, P., “La normativa Consob sulla dematerializzazione di strumenti finanziari (Commento a Delibera Consob 15 settembre 1998, n. 11600)”, en *Società* (1999), p. 98.

*ACCIONES*

GINEVRA, E., “Sottoscrizione di nuove azioni, versamento dei tre decimi del valore nominale e aumento di capitale”, en *Rivista delle Società*, fasc. 6 (2000), p. 1.170.

HÜTHER, M., “Namensaktien, Internet und die Zukunft der Stimmrechtsvertretung”, en *Die AktienGesellschaft* n.º 2 (2001), p. 68.

MEILICKE/HEIDEL, “Pflicht zur Unterrichtung der Aktionäre vor dem Bezugsrechtsausschluss bei genehmigtem Kapital”, en *DB*, n.º 27 (2000), p. 2.358.

PELLENS/HILLEBRANDT, “Vorzugsaktien vor dem Hintergrund der Corporate Governance-Diskussion”, en *Die AktienGesellschaft* n.º 2 (2001), p. 57.

VOLPE, F., “Sequestro preventivo antimafia, esercizio del diritto di voto e omologazione di deliberazioni assembleari: le competenze d'intervento giudiziale e gli interessi economici”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* n.º 1, parte 2.<sup>a</sup>, (2001), p. 24.

— **TÍTULOS CAMBIARIOS***LETRA DE CAMBIO*

SCHAWENNICKE, A., “Der Ausschluss der Verbriefung der Aktien bei der kleinen Aktiengesellschaft”, en *Die AktienGesellschaft* 3 (2001), p. 118.