
Contractes de finançament, de fiançament i bancaris

PID_00268205

Eduardo Valpuesta Gastaminza

Temps mínim de dedicació recomanat: 4 hores





**Eduardo Valpuesta
Gastaminza**

Catedràtic de Dret Mercantil de la
Universitat de Navarra.

La revisió d'aquest recurs d'aprenentatge UOC ha estat coordinada
pel professor: Miquel Peguera Poch (2019)

Segona edició: setembre 2019
© Eduardo Valpuesta Gastaminza
Tots els drets reservats
© d'aquesta edició, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realització editorial: FUOC

Cap part d'aquesta publicació, incloent-hi el disseny general i la coberta, no pot ser copiada, reproduïda, emmagatzemada o transmesa de cap manera ni per cap mitjà, tant si és elèctric com químic, mecànic, òptic, de gravació, de fotocòpia o per altres mètodes, sense l'autorització prèvia per escrit dels titulars dels drets.

Índex

Introducció	5
Objectius	6
1. Els contractes de finançament: concepte i funció	7
2. El mutu o préstec	9
2.1. El mutu simple i el préstec mercantil: concepte, caràcters, elements i efectes	9
2.2. El préstec amb interès	10
3. El contracte de crèdit al consum	15
4. Contractes de crèdit immobiliari	18
5. El contracte de lísing	20
5.1. Concepte, classes i figures afins	20
5.2. Clàusules més comunes en el contracte de lísing	21
6. El contracte de facturatge	22
7. Garanties personals	24
7.1. La fiança	24
7.1.1. Concepte, estructura, constitució	24
7.1.2. Contingut de la fiança. Vicissituds de l'obligació afiançada	25
7.1.3. La cofiança. La subfiança. La contragarantia	26
7.1.4. Extinció de la fiança	27
7.2. Les garanties independents o autònomes	27
7.2.1. Règim legal	28
7.2.2. Contingut de la garantia	29
7.3. Las cartes de patrocini	29
8. Contractes bancaris	32
8.1. El contracte de compte corrent bancari	33
8.1.1. Concepte, funcions i naturalesa jurídica	33
8.1.2. Comptes amb diversos titulars: mancomunats i indistints	34
8.2. Targetes bancàries	35
8.2.1. Concepte i classes	35
8.2.2. Relacions contractuals existents	36

8.2.3.	Pèrdua i sostracció	37
8.3.	Operacions bancàries actives	38
8.3.1.	Préstecs i crèdits	38
8.3.2.	Crèdits documentaris	39
8.3.3.	Descompte	39
8.4.	Operacions bancàries passives	41
8.4.1.	Caracterització, classes i marc normatiu	41
8.4.2.	Naturalesa jurídica	43
8.4.3.	Pignoració de saldos bancaris	43
8.5.	Operacions bancàries neutres	44
8.5.1.	Concepte i caracterització general	44
8.5.2.	Transferències bancàries	44
8.5.3.	Contractes de "custòdia" de béns. Dipòsits tancats. Dipòsits administrats	45
8.5.4.	Caixes de seguretat	46
8.5.5.	Mediació en l'emissió de valors i assessorament d'inversió	47
Resum		49
Activitats		51
Exercicis d'autoavaluació		51
Solucionari		53
Glossari		54
Bibliografia		56

Introducció

Els contractes de finançament són una part dels mecanismes de què gaudeix una empresa per a obtenir finançament, per a obtenir diners dels estalviadors amb què poden sufragar les seves inversions i les seves despeses, amb la convicció que obtindrà els guanys suficients de la seva activitat per a tornar aquests diners (i, normalment, els interessos pactats) al venciment. Aquest finançament es pot obtenir, bé sol·licitant diners prestats (contractes de préstec o crèdit), bé emetent títols valors que confereixen al seu titular el dret de la devolució del valor principal més uns interessos. En aquesta lliçó s'estudien els contractes que configuren aquesta primera opció.

Dins dels contractes de finançament, les figures clàssiques són els préstecs i els crèdits. En el tema es tracten les figures bàsiques del préstec o mutu regulats en els codis vuitcentistes (apartat 2), però també la regulació específica del préstec/crèdit en el consum (apartat 3), i també les especialitats que té el préstec/crèdit quan la seva devolució es garanteix amb una hipoteca o una altra garantia real (apartat 4) o quan qui ho concedeix és una entitat de crèdit (apartat 8.4.A). Però a més s'estudien altres maneres diferents d'obtenir finançament: ja siguin formes d'obtenir l'ús d'un bé sense pagar-lo al comptat (contracte de lísing, apartat 5), ja siguin formes d'obtenir l'anticipació dels seus drets de crèdit (contracte de facturatge, apartat 6; contracte de descompte bancari, apartat 8.4.B). A més s'estudia la manera que tenen les entitats de crèdit d'obtenir diners dels estalviadors (mitjançant dipòsits de diners, apartat 8.5), per a deixar-lo als subjectes deficitaris (apartat 8.4).

En molts casos aquestes operacions necessiten que un tercer diferent del deutor respongui del pagament si no ho fa tal deutor, i d'aquí sorgeixen els diferents tipus de garanties personals (apartat 7).

També es tracten altres operacions bancàries caracteritzades per no implicar finançament, però que sí que constitueixen prestacions diverses de custòdia o d'intermediació en el pagament (com el compte corrent, apartat 8.2; les targetes de dèbit i de compra, apartat 8.3; o la majoria dels crèdits documentaris, apartat 8.4.C). Aquestes "operacions neutres" sovint constitueixen una ajuda important per a l'activitat empresarial i dels consumidors, i encara que són accessòries de l'estalvi o inversió, són necessàries per a la pràctica diària.

Objectius

Els objectius que heu d'assolir a partir de l'estudi d'aquest mòdul són els següents:

- 1.** Comprendre com es financen consumidors i empresaris mitjançant els mercats de crèdit i de valors.
- 2.** Conèixer els conceptes i la regulació bàsica de les operacions de préstec o crèdit, i de l'obligació d'interessos que representen en la majoria dels casos.
- 3.** Entendre la lògica econòmica del contracte de lísing, i per què pot interessar a un empresari utilitzar un bé mitjançant lísing en comptes d'adquirir-lo.
- 4.** Conèixer les diferents formes d'obtenir l'anticipació dels crèdits dels quals sigui titular una persona, mitjançant el facturatge i el descompte bancari.
- 5.** Manejar les formes bàsiques que té un tercer d'obligar-se al pagament quan no ho faci el deutor, bé mitjançant garanties dependents (fiança) o independents, bé mitjançant cartes de patrocini.
- 6.** Distingir les diverses formes d'intermediació dels bancs en la realització de pagaments, per mitjà dels comptes corrents, targetes de dèbit i de compra, crèdits documentaris, etc.
- 7.** Conèixer les figures bàsiques del préstec i del crèdit bancaris, i distingir les diferències entre totes dues i la lògica econòmica de cada una.
- 8.** Comprendre la tasca que desenvolupen les entitats de crèdit, rebent diners dels estalviadors mitjançant dipòsits, i deixant-ne als subjectes deficitaris per mitjà de préstecs i crèdits.

1. Els contractes de finançament: concepte i funció

Es denomina "mercat financer" aquell en el qual empreses i consumidors obtenen finançament. Es tracta del mercat en el qual es relacionen i posen d'acord les empreses i consumidors que necessiten finançament (normalment denominats "subjectes deficitaris"), i els subjectes que poden estalviar i destinen el seu estalvi a la inversió (estalviador/inversor o "subjecte excedentari"). Aquesta relació es pot produir de dues maneres, la qual cosa dóna lloc a dos tipus de mercats diferents.

En el mercat de crèdit, els estalviadors/inversors lliuren els seus diners als mediadors financers (entitats de crèdit), normalment mitjançant contractes de dipòsit (vegeu més endavant, apartat 8.4), i el mediador al seu torn finança els subjectes deficitaris (empresaris o consumidors) mitjançant crèdits, préstecs, targetes bancàries, descompte, etc (vegeu més endavant, apartat 8.2 i 8.3). El mediador subscriu dos contractes independents: amb l'estalviador/inversor, de dipòsit; i amb els subjectes deficitaris, de crèdit o préstec. Estalviador i subjecte finançat no es posen en contacte, i qui respon davant de cada un d'ells de les obligacions del contracte subscrit és l'entitat de crèdit.

En el mercat de valors, en canvi, l'empresari que necessita finançament emet valors (títols valors de pagament), que són subscrits per l'estalviador/inversor. Aquests valors en realitat representen un contracte de préstec a favor de l'emissor, de manera que l'estalviador/inversor li deixa uns diners en compensació de la devolució d'aquests en un termini i el pagament d'interessos en els terminis acordats. En aquest mercat els mediadors financers (empreses de serveis d'inversió –ESI–, entitats de crèdit) només posen en contacte les parts, però no hi contracten personalment. És l'estalviador/inversor que subscriu el títol el qui adquireix drets davant l'emissor i viceversa, sense que el mediador s'interposi en aquesta relació. Al seu torn, perquè el subscriptor del valor se'n pugui desfer fàcilment sense haver d'esperar al venciment (perquè pugui "liquidar" la seva inversió), es creen mercats en els quals es poden vendre i comprar els valors ja subscrits (el més conegut és el mercat borsari).

Exemple

Una altra forma de finançament en aquest mercat és que l'empresa emeti accions o participacions noves, amb ampliació del seu capital, perquè l'estalviador/inversor n'adquireixi i en pagui el preu com a aportació al capital. En aquest cas l'inversor ja no es converteix en creditor titular d'obligacions, sinó en soci, amb la posició jurídica diferent que això implica, i la seva aportació –des d'un punt de vista econòmic– ja no és un "recurs aliè", sinó un "recurs propi", precisament capital.

Com s'aprecia, les dues formes de finançament són completament diferents, i les obligacions del subjecte finançat també diferents. Normalment l'interès per pagar serà menor en un o un altre mercat, però també el tipus d'obligacions

assumides o les condicions i terminis de pagament, i no totes les empreses poden accedir a tots dos mercats amb facilitat (només una gran empresa molt solvent trobarà subscriptors dels seus valors, fiats pel que fa a la solvència).

Aquest mòdul es dedica a estudiar, fonamentalment, els contractes per mitjà dels quals es finança l'activitat de consumidors i empresaris, normalment mitjançant préstecs, però també mitjançant figures més complexes, com els contractes de lísing (per a permetre l'ús d'un bé sense pagar-lo completament) o de facturatge (per a anticipar els diners dels crèdits de què sigui titular una persona i que encara no pot cobrar, perquè no han vençut). En l'apartat 7 s'exposaran algunes de les formes més comunes que hi ha per a garantir la devolució del que s'ha prestat: l'obligació que n'assumeix una tercera persona, diferent del deutor, de pagar si no ho fa aquest. Finalment, en l'apartat 8 es farà una breu exposició dels contractes bancaris, ja que precisament l'activitat bancària és el màxim exponent del finançament mitjançant el mercat de crèdit: les entitats de crèdit reben diners en forma de dipòsits (operacions passives), i en deixen en forma de préstecs o crèdits (operacions actives).

2. El mutu o préstec

En el contracte de préstec, una part, anomenada "prestador," lliura al prestatari quelcom no fungible perquè ho usi durant un temps i ho torni (en aquest cas, el préstec es denomina "comodat"), o diners o una altra cosa fungible, amb obligació de tornar l'equivalent de la mateixa espècie o qualitat (denominat "mutu" o "préstec simple"). El comodat, que és essencialment gratuït (art. 1740.2 CC), es regeix pels articles 1741 a 1752 CC, i atesa la poca incidència que té en el que estudiem, no es tractarà en aquest text. En el mutu, les parts són el mutuant o prestador, que lliura els diners o bé fungible, i el mutuatari o prestatari, que el rep i s'obliga a tornar-lo en el termini pactat.

2.1. El mutu simple i el préstec mercantil: concepte, caràcters, elements i efectes

El contracte de mutu se sol caracteritzar com a:

- a) **Real.** En el sentit que, en principi, el contracte neix quan el prestador lliura els diners o el bé fungible al prestatari. Tanmateix, les parts ho poden pactar com a contracte consensual ("m'obliga a lliurar-te una quantitat X en cinc dies").
- b) **Unilateral.** En la mesura que només hi ha obligació per al prestatari, de tornar la mateixa quantitat. El prestador no té cap obligació, sinó drets.
- c) **Gratuït.** En principi no genera interès, si bé es pot pactar el contrari i, de fet, aquest pacte és el més usual (de manera que, en la realitat, la majoria dels préstecs són onerosos).
- d) **Translatiu del domini.** El prestatari adquireix la propietat del bé fungible – precisament perquè és fungible–, i per això la seva obligació no és la de tornar el mateix bé, sinó un altre de quantitat i qualitat iguals. El prestador perd la propietat, i adquireix a canvi un dret personal sobre el prestatari perquè li torni la mateixa quantitat i qualitat.
- e) **De durada.** Sempre se li ha de donar un termini al prestatari per a tornar-ho; si la devolució fos instantània, el contracte no tindria sentit. El prestatari obté els diners o el bé ara, i sap que no l'ha de tornar fins que no passi un termini.

L'objecte del mutu són diners o qualsevol altre bé fungible (art. 1740 CC). La immensa majoria dels mutus consisteixen en el lliurament de diners. La principal obligació del prestador és la devolució "del mateix amb la mateixa quantitat i qualitat". És a dir, de la mateixa quantitat de diners (principi nominalista: es torna el mateix *nomen* o nombre de monedes), no el mateix valor.

En èpoques d'inflació, això representa, de fet, recuperar una quantitat que té menys valor –quan es rep– que la lliurada. Per a evitar aquestes conseqüències perjudicials en cas d'inflació, es poden establir les "clàusules d'estabilització". En aquestes s'estableix un referent d'acord amb el qual s'actualitzarà el valor dinerari pactat. D'aquesta manera el deute dinerari s'adequa a les fluctuacions econòmiques i el creditor, en el temps de compliment de l'obligació, rebrà un valor actualitzat de la quantitat pactada. Així, per exemple, es pot establir que la quantitat s'incrementarà aplicant-hi les fluctuacions de l'IPC (com s'establia en el règim legal dels arrendaments urbans fins a la modificació operada el 2019), o que l'interès es modificarà en funció del MIBOR (com se sol pactar en els contractes bancaris). També és comú, per a evitar aquest efecte de la inflació, pactar un interès, com després es veurà: d'aquesta manera el prestador recupera la mateixa quantitat més un interès, fet que implica la compensació per la depreciació dels diners i, en molts casos, a més, un guany.

Com tants altres contractes, el mutu o préstec està regulat per partida doble en els dos codis de dret privat. Les regles del Codi de comerç s'apliquen al préstec mercantil, que és aquell en el qual una de les parts contractants és un comerciant i les coses prestades es destinen a actes de comerç (art. 311 CCo). Els altres préstecs són civils. Algunes sentències (STS 9 maig 1944 i 31 octubre 2001) i part de la doctrina consideren que els préstecs concedits per entitats de crèdit són mercantils *per se*, encara que no es destinin a actes de comerç. Aquesta posició sembla criticable, ja que modifica el caire literal del precepte que exigeix clarament una qualificació doble, subjectiva i objectiva.

2.2. El préstec amb interès

Com a regla general, el préstec és gratuït, això és, no merita interessos. Però les parts poden pactar que sí que hi hagi tal meritació, la qual cosa es fa en la majoria dels casos, i això converteix el préstec o mutu en oneros. Els interessos són, per tant, un element accidental del contracte. El pacte d'interessos en el préstec civil pot revestir qualsevol forma (podria, fins i tot, ser verbal, si bé això dificultaria molt la prova de tal pacte si el prestatari, arribat el moment, el nega). En canvi, en el préstec mercantil el pacte d'interessos ha de revestir necessàriament forma escrita (art. 315 CCo). El pacte d'aquests interessos, que se solen denominar "remuneratoris", té com a finalitat, o bé evitar les conseqüències negatives de la inflació (ja que, en recuperar-se el capital, en realitat s'està rebent un valor inferior al que s'ha lliurat), o bé que el prestador obtingui un guany per la seva actuació.

Són diferents dels interessos remuneratoris els de demora. Aquells impliquen una contraprestació o remuneració pel benefici obtingut en poder disposar el prestatari de diners; aquests són els que es meriten automàticament per la falta de devolució de la quantitat lliurada en el temps pactat (per la mora o retard en el compliment). Els interessos de demora no necessiten cap pacte, sinó que són una espècie de compensació pel perjudici que causa el fet de la mora en el

compliment de l'obligació. Es produeixen pel fet de l'existència de mora (art. 1108 CC). Les parts poden pactar el tipus de l'interès moratori, però a falta de pacte serà el de l'interès legal.

En dret mercantil les obligacions amb termini fixat de compliment no necessiten interpel·lació perquè hi hagi mora: un cop vençudes i no acomplertes, hi ha tal mora (art. 62 CCo). Per això, així com la mora en el préstec civil necessita interpel·lació, en el dret mercantil els interessos moratoris es produeixen des del venciment, sense necessitat d'interpel·lació (art. 316 CCo).

La Llei contra la usura de 23 de juliol de 1908 prohibeix els interessos usuraris. Per interès usurari cal entendre: l'interès notablement superior al normal dels diners i manifestament desproporcionat amb les circumstàncies del cas; l'acceptat pel prestatari a causa de la seva situació anguniosa, de la seva inexperiència o de la limitació de les seves facultats mentals; o aquell en el qual se suposa que s'ha rebut més quantitat que la lliurada veritablement. El Codi de comerç estableix que no hi ha límit en la quantia dels interessos (art. 315 CCo), fet que ha plantejat si resultaria aplicable la Llei d'usura esmentada abans. La jurisprudència, en general, considera que aquesta Llei també s'aplica al préstec mercantil, si bé en l'àmbit mercantil es pot entendre que els interessos ordinaris poden ser més alts que en el préstec civil.

El Tribunal Suprem ha establert moltes vegades que per a valorar si hi ha interès usurari cal tenir en compte el moment de perfecció del contracte, i si llavors l'interès pactat resultava excessiu. Així, s'ha considerat usurari un interès del 20% anual pactat el 1983 (STS 30 juny 1998, RJ 1998/5294); o d'un 5% mensual, en equivaler a un 60% anual (STS 12 juliol 2001, RJ 2991/5164). En la pràctica és molt comú que els tribunals considerin excessiu (sense qualificar-lo tècnicament com a usurari, però considerant-ho en realitat com a tal) un interès remuneratori superior a 2,5 vegades l'interès legal, per les raons que es veuran més endavant.

En el cas de ser un interès usurari, les conseqüències són que l'interès es considerarà no pactat, però el préstec continuarà vigent. És l'anomenada "nul·litat parcial", nul·litat que abasta només la clàusula nul·la, però que deixa intacta la resta del contracte. Seria injust, en efecte, que el contracte fos nul i el prestatari hagués de tornar els diners o el bé tot seguit, ja que el perjudicaria. El contracte continua vigent, però el prestatari no haurà de pagar l'interès usurari ni cap altre: el contracte es converteix en mutu gratuït.

En principi, en el préstec no es preveu l'anatocisme, és a dir, que els interessos vençuts i no pagats es computin també a l'efecte d'aplicar-hi el tipus d'interès pactat en el termini següent. Tanmateix, sí que hi ha supòsits d'anatocisme legal: així, segons l'article 1109 CC els interessos vençuts reporten l'interès legal des que són reclamats judicialment. També les parts poden pactar la "capitalització" dels interessos, de manera que en els moments pactats els interessos meritats es considerin capital, i llavors el capital queda incrementat amb el seu import i el tipus d'interès s'aplica a aquest nou import de capital (anatocisme convencional). Aquesta possibilitat de capitalització la preveu expressament l'article 317 CCo. De fet, es pacta en la immensa majoria dels préstecs mercantils.

Lectura complementària

Sobre els préstecs usuraris, vegeu **Elsa Sabater Bayle** (1995). *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*. Pamplona: Aranzadi; i **Manuel Albaladejo García** (1995). "La nulidad de los préstamos usurarios". *Anuario de Derecho Civil* (pàg. 33 seg.).

Finalment, cal assenyalar que, si el prestador rep el capital sense fer constar que es reserva el dret de cobrar els interessos, s'extingeix l'obligació de pagar-los (art. 1110 CC). I el prestatari que paga interessos sense estar estipulat no els pot reclamar com a pagament indegut (art. 1756 CC).

En els últims anys hi ha hagut una alta litigiositat en aquesta matèria de l'interès en els contractes de préstec, lligada al tema dels interessos variables. És força comú pactar que cada cert temps (normalment, cada any –en els préstecs hipotecaris– o cada tres mesos) el tipus d'interès variarà, en funció d'un "tipus d'interès objectiu", la fixació del qual és independent i aliena a l'entitat prestadora (p. ex., l'EURIBOR, el tipus d'interès a què es presten entre si els bancs al mercat interbancari europeu). Aquesta pràctica és totalment lícita i està admesa legalment (vegeu art. 22 LCC o art. 21 de la Llei 5/2019, ambdues normes s'exposen més endavant).

Per exemple, les parts poden pactar que cada tres mesos l'interès fixat variï i que sigui per al trimestre següent l'EURIBOR + 1. L'EURIBOR és un índex de referència objectiu, fixat al mercat interbancari europeu, l'import del qual no depèn de la voluntat del prestador. Cada dia, en aquest mercat interbancari, es fixa l'EURIBOR a un dia, a un mes, a tres mesos, etc. A aquest EURIBOR se li suma, en l'exemple donat, un 1%, que serà, per dir-ho d'alguna forma, el guany net del prestador (més aviat, l'EURIBOR suposa el cost de la inflació o de la depreciació dels diners).

Un d'aquests tipus "objectius" més utilitzat, sobretot per les caixes d'estalvi, ha estat l'IRPH, o "interès de referència de préstecs hipotecaris", fixat com a mitjana dels tipus d'interès utilitzats en aquestes operacions per les entitats de crèdit espanyoles. El TS va considerar que referenciar un tipus d'interès variable a aquest IRPH pot ser vàlid i aquesta decisió ha estat recorreguda davant el TJUE, que té previst resoldre sobre la mateixa a la segona meitat de l'any 2019.

Entorn dels tipus d'interès variables, s'han plantejat força problemes, dels quals en destacarem dos. En primer lloc, la qüestió de les anomenades "clàusules sòl". Era força comú pactar un interès variable, però fixant un tipus d'interès mínim, un "sòl" (per exemple, si es pactava un interès variable EURIBOR + 1, amb un sòl del 3%, encara que l'EURIBOR estigués per sota del 2%, el client pagaria un 3%, que era el tipus d'interès mínim fixat). De vegades també es pacta un "sostre", un interès màxim a pagar pel client. Això va fer que quan l'EURIBOR va caure vertiginosament, fins i tot situant-se en taxes negatives, els clients seguien obligats a pagar el "sòl", que resultava així força car respecte del preu real dels diners. El Tribunal Suprem, a partir de la coneguda STS de 9 de maig de 2013, va determinar que aquestes clàusules poden constituir un element essencial del negoci i, si no hi ha claredat i transparència en la manera de recollir-se en el contracte, aquesta falta de transparència fa que es puguin sotmetre al control d'abusivitat. De fet, les considera abusives en els tres supòsits de clàusules previstes en aquest litigi. No obstant això, la sentència no va concedir eficàcia retroactiva a la nul·litat de la clàusula sòl, decisió que va ser recorreguda davant el TJUE, i en la qual aquest va dictaminar que la nul·litat havia de tenir eficàcia retroactiva (calia retornar tots els interessos cobrats "de més" des d'un principi, STJUE de 21 de desembre de 2016). La doc-

trina de l'abusivitat per falta de transparència ha estat reiterada en les STS de 8 setembre de 2014 o de 24 març de 2015, i últimament ja incorpora aquesta eficàcia retroactiva de la nul·litat decidida pel TJUE.

Una problemàtica diferent es va plantejar amb unes figures més complexes, els *swaps* o intercanvis de tipus d'interès. Moltes empreses havien realitzat aquests acords per a pal·liar els efectes de possibles pujades del tipus d'interès i la baixada de l'EURIBOR els va suposar haver de realitzar pagaments quantiosos. En aquest àmbit, la principal protecció dels clients s'ha instrumentat per la via de declarar l'existència de l'error en el client quan va contractar el *swap*, davant la falta d'una informació precontractual clara i completa que alertés dels riscos que suposa aquest tipus de contractes (vegeu, entre moltes altres, STS 20 gener 2014, 8 juny 2014, 5 abril 2017 o 19 juny 2018).

Els *swaps* (en català, "intercanvi") d'interessos són acords d'intercanvi de tipus d'interès, que fixa un valor nominal noional sobre el qual cadascuna de les parts paga un interès diferent, i el contracte es liquida de manera que la part el pagament de la qual és major satisfà la diferència a l'altra. Per exemple, A ha obtingut prestat un milió, a EURIBOR + 2 (era l'opció millor d'entre totes les que tenia), però vol pagar un 4%, i realitza un *swap* amb B en el sentit següent: A es compromet a pagar a B el 4% anual d'un milió i B es compromet a pagar a A l'EURIBOR + 2 anual d'un milió. En el moment de la liquidació (mensual, anual, etc.), si per exemple l'EURIBOR està al 3%, el resultat serà: A hauria de pagar el 4% i B el 5%, per la qual cosa B li lliura a A l'1% d'un milió. Amb aquest 1%, A paga al seu prestador l'EURIBOR + 2, posant un 4% de la seva butxaca i l'1% que va rebre de B. Si l'EURIBOR estigués a l'1%, A hauria de pagar el 4% i B el 3%, per la qual cosa A li lliura a B l'1% d'un milió. A pagarà al seu prestador el 3% (EURIBOR + 2) i a B l'1%, per tant, finalment paga un 4%. Amb el *swap*, A ha convertit el seu préstec a interès variable en un préstec a fix i paga el 4% d'un milió sigui quin sigui l'EURIBOR existent, combinant el que paga i rep del prestador i del contractista del *swap*. A no va poder aconseguir un préstec al 4% del seu prestador, però amb el *swap* aconsegueix aquest efecte.

De vegades, i especialment quan l'empresa prestatària travessa una situació de dificultat econòmica, les parts procedeixen a modificar les condicions inicials del préstec, sovint incrementant la quantia del prestat i ampliant el termini de devolució i les garanties. Aquests "acords de refinançament" corren el perill que, si posteriorment la prestatària cau en concurs, siguin rescindits si van ser perjudicials per a l'empresa (p. ex., perquè la van endeutar més, quan va ampliar el muntant del préstec o perquè van gravar els béns per a garantir el refinançament). Per això, per a tornar-los "irrescindibles" en cas de concurs, l'art. 71 bis LC estableix una sèrie de requisits, que s'estudien en seu concursal. Però, a més, les "esperes" (ajornaments) i, fins i tot, les "quitacions" (perdó del deute) d'aquests acords es podran "estendre" als altres creditors de passius financers (entitats de crèdit, obligacionistes, etc.) si es compleixen una sèrie d'exigències: bàsicament, si l'acord va ser aprovat per creditors que representin una certa majoria (del 51%, 60% o 80%, segons el tipus d'efectes que es vulguin estendre) dels passius financers del deutor, i cobreix certs requisits d'irrescindibilitat concursal (vegeu les exigències i precisions en la disposició addicional quarta de la llei concursal, redactada ara per la Llei 17/2014). D'aquesta manera, pot succeir que un creditor financer (i, fins i tot, amb certes condicions, un creditor hipotecari), vegi modificades les condicions dels seus préstecs i crèdits perquè la majoria del passiu del seu deutor ha arribat a un acord amb aquest per a ajornar o, fins i tot, condonar una part del crèdit. El principi de relativitat dels contractes queda així exceptuant quan una empre-

sa passa per dificultats financeres. L'homologació es tramita davant el jutge del mercantil que seria, si escau, competent per a conèixer la declaració del concurs de creditors del deutor.

3. El contracte de crèdit al consum

Un règim especial per als préstecs a favor de consumidors s'estableix en la Llei de 24 de juny de 2011, de contractes de crèdit al consum (d'ara endavant, LCC). Aquesta norma implica una transposició de la Directiva comunitària 87/102/CEE, de 22 de desembre de 1986 i substitueix la Llei anterior, de 23 de març de 1995. Es parteix de la idea que, quan el préstec es concedeix a un consumidor, aquest necessita una defensa major perquè per la seva inexperiència, la seva falta d'informació i la seva necessitat possible de diners pot haver acceptat condicions o clàusules no gaire favorables. Per això la Llei estableix una sèrie de regles que busquen defensar el consumidor, perquè quedin clares quines són les condicions pactades i li atorguin uns drets mínims.

L'àmbit objectiu de la Llei inclou tot tipus de contracte de préstec o crèdit, amb qualsevol forma o modalitat: pagament ajornat, préstec, obertura de crèdit, o qualsevol altre mitjà equivalent de finançament. Des del punt de vista subjectiu, només s'aplica a préstecs a consumidors, si entenem com a tal la persona física que, en les relacions contractuals regulades per aquesta llei, actua amb finalitats que estan al marge de la seva activitat comercial o professional (art. 2.1 LCC).

La Llei estableix, també, algunes exclusions. Així, i entre d'altres, no s'aplica a contractes de crèdit garantits amb hipoteca immobiliària (que es regeixen per la Llei 5/2019), a contractes de crèdit d'import inferior a 200 euros, als contractes d'arrendament financer amb opció de compra, als contractes de crèdit gratuïts o als contractes en què l'import hagi de ser reemborsat en el termini màxim de tres mesos i pels quals només s'hagin de pagar unes despeses mínimes (vegeu art. 3 LCC).

El contracte ha de constar per escrit, i ha de contenir a més una sèrie de mencions mínimes (art. 16 LCC). Amb aquesta exigència es pretén que quedin clares quines són les obligacions de les parts en els aspectes essencials. Si no es compleix la forma escrita el contracte és anul·lable; i si falta alguna de les mencions mínimes el contracte segueix vigent, i la Llei estableix què s'ha d'entendre pactat –normalment, condicions costoses per al prestador– en cada cas (art. 21 LCC). A més, la Llei estableix amb especial rigor un deure d'informació precontractual, indicant la informació bàsica que ha de figurar en la publicitat (art. 9 LCC), i també la informació prèvia al contracte que s'ha de lliurar a la persona interessada a contractar (arts. 10 a 13 LCC).

Dins de la regulació d'aspectes molt diferents que fa la Llei, per al coneixement de la qual remetem a llegir-la, es poden destacar els següents. Es pot establir la modificació del cost total del crèdit (els denominats normalment "interessos variables"), però per a això hi ha d'haver acord formalitzat per escrit, i la variació del cost s'ajustarà a la d'un índex de referència objectiu, i caldrà fixar, a més, el diferencial que s'aplicarà, en el seu cas, a aquest índex (art. 22 LCC).

Per exemple, les parts poden pactar que cada tres mesos l'interès fixat variarà, i serà per al trimestre següent l'EURIBOR+1. L'EURIBOR és un índex de referència objectiu, fixat en el mercat interbancari europeu, l'import del qual no depèn de la voluntat del prestador. Cada dia en aquest mercat interbancari es fixa l'EURIBOR a un dia, a un mes, a tres mesos, etc. A aquest EURIBOR se li suma, en l'exemple posat, un 1%, que serà, per dir-ho d'alguna manera, el guany net del prestador (l'EURIBOR representa, més aviat, el cost de la inflació o de la depreciació dels diners).

En el contracte s'ha de fer constar, de manera expressa, quin és el "cost total del crèdit", incloent-hi tots els interessos, despeses i càrregues que assumeixi el consumidor (com, per exemple, l'assegurança d'amortització per a casos de mort o invalidesa que sovint és obligat pactar per a obtenir el préstec). Aquest cost total es "tradueix" en la "taxa anual equivalent" o TAE (art. 32 LCC). En un préstec amb un interès del 7%, si la TAE és d'un 8,5% això vol dir que el client el que realment acaba pagant a l'any és un 8,5% del capital, tenint en compte que s'hagi pactat una "capitalització" dels interessos vençuts, que hi hagi altres despeses a més de l'interès, etc.

El consumidor té dret de reemborsar anticipadament, de manera total o parcial, el préstec concedit (s'estalviarà, així, l'interès encara no meritat del capital que amortitzi de manera anticipada). Per a tal supòsit les parts poden haver fixat una compensació que el consumidor hagi de satisfer, però la Llei estableix un límit màxim a l'import de l'esmentada compensació (vegeu art. 30 LCC).

D'importància especial és la possibilitat que, si entre el venedor d'un producte o proveïdor d'un servei i el finançador hi ha un pacte per a efectuar tal finançament, el comprador acreditat podrà oposar al finançador les mateixes raons per a negar-se al pagament que podria oposar al venedor proveïdor. D'aquesta manera, si el venedor o el proveïdor del servei no fa la seva prestació, el comprador es podria negar a fer els pagaments pactats amb el finançador, encara que el finançador no sigui qui ha incomplert el contracte que es finançava. El que s'exigeix és que el crèdit contractat serveixi exclusivament per a finançar un contracte relatiu al subministrament de béns específics o a la prestació de serveis específics, i tots dos contractes constitueixin una "unitat comercial des d'un punt de vista objectiu" (vegeu art. 29 LCC).

El supòsit es va plantejar a Espanya amb especial rellevància respecte de persones que havien contractat rebre cursos d'idiomes, finançant-los mitjançant entitats bancàries (que pagaven a l'empresa d'idiomes, i després recuperaven a terminis els diners dels consumidors). A l'hora de rebre els cursos, l'empresa d'idiomes va entrar en fallida i no els va impartir. Com que el consumidor no havia rebut el curs, si l'entitat bancària que –malgrat això– li reclamava el preu tenia un acord amb l'empresa d'idiomes per a finançar els usuaris, el consumidor es podia negar vàlidament al pagament. Les excepcions oposables al prestador de serveis es "comuniqueu" al finançador. Tanmateix, el consumidor que hagués acudit a una entitat financera que no tingués acord amb l'empresa d'idiomes no es podria negar al pagament del finançament.

Finalment, ha tingut gran rellevància pràctica una norma referida a la concessió de crèdit en un compte corrent per mitjà de "descoberts": el client d'un banc no té fons suficients per a pagar un rebut o deute, però el banc el satisfà amb diners propis, de manera que causa un "descobert" o "nombres vermells" en el compte. L'import d'aquest descobert després es cobra al client, més els interessos o comissions pactats en el contracte de compte corrent. Doncs bé,

l'article 20.4 LCC estableix que el tipus d'interès que es pacti per a aquests casos no pot donar lloc a una TAE superior a 2,5 vegades l'interès legal dels diners. El rellevant és que la jurisprudència de les audiències provincials ha entès que aquest límit de 2,5 vegades l'interès legal representa una espècie de referent per a determinar quan un interès resulta "desproporcionat" o, fins i tot, usurari en tot cas (encara que no sigui un interès fixat per a un descobert pactat).

4. Contractes de crèdit immobiliari

La Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari, trasllada la Directiva 2014/17/UE i la norma a una sèrie d'aspectes dels contractes de préstec o crèdit garantits amb hipoteca o una altra garantia real. Aquesta Llei no regula el dret d'"hipoteca" en si, que segueix normant per la Llei hipotecària (també en trànsit d'una possible revisió), sinó els contractes garantits amb hipoteca, els contractes de préstec hipotecari pel que fa a aquests préstecs o crèdits. La norma no neix tant com una defensa del prestador (a la manera de la Llei de crèdit al consum), sinó com una instauració d'un sistema de comportament responsable en la concessió de crèdits hipotecaris. La Directiva que es trasllada enuncia, com a principal motiu del règim que s'estableix, que el comportament irresponsable dels participants al mercat (entitats de crèdit, intermediaris de crèdit, etc.) pot socavar els fonaments del sistema financer i tenir greus conseqüències socials i econòmiques, si bé després s'afegeixen raons de protecció dels consumidors i també del dret a l'habitatge com a dret fonamental comunitari.

Si bé la norma comunitària ceneix el seu àmbit de protecció als consumidors, la llei espanyola amplia aquest àmbit (alguna cosa que permet la Directiva) a totes les persones físiques (sia consumidors, empresaris, professionals, etc.) que adquireixi un bé immoble, construït o per construir, i garanteixi el pagament amb hipoteca o una altra garantia real. En força aspectes, recorda a la normativa de crèdit al consum exposada en l'apartat anterior (aquesta normativa de crèdit al consum no regeix per als préstecs hipotecaris, com es va exposar, però s'aprecia un paral·lelisme clar en moltes regles).

D'entre molts dels aspectes regulats, destacarem els que considerem fonamentals. La norma estableix l'obligació de proporcionar al client una informació precontractual estàndard molt completa i, a més, una informació precontractual específica i personalitzada segons les necessitats, situació financera i preferències del client que es presenti com a possible prestatari (arts. 6, 9 i 10). Aquesta informació s'ha de lliurar amb una antelació mínima de deu dies naturals respecte del moment de la signatura del contracte (art. 14). A més, obliga el notari que va elevar a escriptura el préstec al fet que, amb caràcter previ a l'atorgament de l'escriptura (almenys un dia abans), faci constar en un acta que: a) ha comprovat que s'han complert els terminis de posada a disposició de la informació precontractual; b) ha assessorat el prestatari en les qüestions que aquest li plantegi, i c) l'ha informat que ha prestat assessorament relatiu a les clàusules específiques recollides en la informació precontractual, de manera individualitzada i amb referència expressa a cadascuna d'aquestes, sense que sigui suficient una afirmació genèrica. Igualment, i en presència del notari, el prestatari respondrà un test que tindrà per objecte concretar la documentació

lliurada i la informació subministrada (vegeu art. 15). Amb tot això, s'intenta assegurar que el prestatari coneix i comprèn les clàusules del contracte que formalitzarà.

5. El contracte de lísing

En el contracte de lísing intervenen tres subjectes: el fabricant d'un bé, l'empresa de lísing i l'usuari del bé. En el supòsit normal, l'usuari (que necessita usar el bé, però no pot o no el vol adquirir) ordena a l'empresa de lísing que compri el bé al fabricant i després li permeti usar-lo per un temps determinat pagant una renda en els terminis pactats. Al cap del termini fixat, l'usuari pot prorrogar el contracte, donar-lo per acabat, o comprar el bé per l'anomenat "preu residual", que sol ser molt petit. Aquest contracte també sol rebre el nom d'"arrendament financer", terme que posa l'èmfasi en la prestació de l'arrendament o ús del bé a canvi d'un preu.

5.1. Concepte, classes i figures afins

En el contracte de lísing l'usuari pot utilitzar el bé pagant una renda periòdica i l'empresa de lísing obté el guany per la diferència entre el preu del bé i la quantia total dels terminis pagats.

Aquest contracte a l'usuari li sol resultar més profitós que la compra del bé a terminis, ja que encara que les quotes del lísing són cares, les pot deduir en certs casos en els seus impostos, en tractar-se generalment de béns d'equip les despeses dels quals es consideren com a despeses de l'empresa (vegeu art. 106 Llei 27/2014, de l'impost de societats).

Una certa regulació, sens dubte gens completa, es troba en la disposició addicional 3a. de la Llei 10/2014, d'ordenació, supervisió i solvència d'entitats de crèdit, que fixa el seu concepte com a operació bancària específica (exigint, a més dels requisits ja assenyalats, que el bé es dediqui a l'activitat professional o empresarial de l'usuari). Pel que fa al tractament fiscal com a despesa deduïble, vegeu art. 106 LIS. Finalment es troba la regulació continguda en la disposició addicional 1a LVPBM. Encara que aquesta llei regula les vendes a terminis, i considera a més que el lísing no és una venda a terminis, estableix en aquesta disposició addicional alguns aspectes del seu règim jurídic. Bàsicament, estableix que l'empresa de lísing que hagi inscrit el contracte en el Registre de Venda a Terminis podrà recuperar el bé si l'usuari cau en concurs o el bé és embargat pels seus deutes (perquè els creditors considerin que el bé pot ser seu, en estar sota el seu ús i possessió); i també fixa un procediment especial per a recuperar el bé davant de l'impagament per part de l'usuari dels terminis del lloguer.

La naturalesa d'aquest contracte ha estat discutida. S'ha arribat a afirmar que compleix una funció de compravenda (ja que normalment l'usuari acaba exercitant l'opció de compra), o que és un arrendament especial, però l'opinió preponderant actualment és que es tracta d'un contracte específic de finançament, ja que l'usuari aconsegueix l'ús d'un bé que no pot pagar al comptat mitjançant la satisfacció d'uns terminis dilatats en el temps.

Com a modalitats de la figura general es troba el lísing al venedor o *lease-back*, en el qual el propietari d'un bé el ven a l'empresa de lísing i alhora l'arrenda mitjançant el pagament de terminis periòdics. En aquest cas, el propietari del bé obté ara liquiditat i continua podent usar el bé, i en les seves previsions això li resulta profitós encara que s'obligui al pagament dels terminis. El que passa és que de vegades el lísing al venedor s'ha utilitzat de manera fraudulenta, com una forma encoberta de garantia amb pacte comissori, i per això el Tribunal Suprem n'ha declarat en tals casos la il·licitud (STS 17 març 1999, 20 novembre 1999 i 16 maig 2000).

Diferent del lísing és l'anomenat rënting, que és un contracte d'arrendament ordinari i no un lísing. L'empresa de rënting té un conjunt de béns que arrenda als usuaris. És aquesta, per tant, la que elegeix els béns, i no l'usuari; tals béns solen ser de vida econòmica molt dilatada (el cas típic és el de les empreses de lloguer de cotxes). Es tracta d'un arrendament ordinari.

5.2. Clàusules més comunes en el contracte de lísing

Com queda assenyalat, no hi ha una regulació completa del lísing en les lleis aplicables, sinó purament parcial d'alguns aspectes. En la pràctica s'han consolidat una sèrie de clàusules que es repeteixen en tots els contractes, i que configuren així de fet quines són les obligacions de les parts. Normalment es deixa constància expressa en el contracte que el bé ha estat elegit per l'usuari, de manera que l'empresa de lísing no respon, en cap cas, de l'adequació de tal bé a les finalitats preteses per l'usuari. El bé "llogat" a l'usuari continua essent de propietat de l'empresa de lísing, de manera que, en cas d'embargament de béns de l'usuari, tal bé no respon dels seus deutes. Normalment s'estableix que l'usuari ha d'assegurar el bé contra danys, robatori, etc., pagant ell les primes i designant com a beneficiari de possibles indemnitzacions l'empresa de lísing. Finalment, també és comú establir que les despeses necessàries per a la conservació del bé i per al manteniment de la seva utilitat són de l'usuari.

Un dels problemes més comuns és com podrà reclamar l'usuari pels defectes o el funcionament incorrecte del bé. L'usuari no té cap relació jurídica amb el fabricant o venedor, per la qual cosa no està legitimat per a reclamar-li la reparació o el sanejament per defectes. Això se sol solucionar amb una clàusula de "cessió" de les accions que tingui, com a comprador, l'empresa de lísing a favor de l'usuari, de manera que aquest podria reclamar com a "cessionari" de tals accions.

6. El contracte de facturatge

És aquest també un contracte atípic de naturalesa discutida, i això és degut fonamentalment a la diversitat de prestacions que poden oferir les empreses de facturatge. Aquestes es dediquen bàsicament al cobrament de crèdits dels seus clients, i, en aquest sentit, la seva activitat és la de col·laboració o auxili d'aquest. El client no es preocupa ja de gestionar el cobrament de crèdits (estar pendent de venciments, reclamacions, etc.), i l'empresa de facturatge cobra un preu per la seva gestió. En aquesta modalitat senzilla el contracte és una simple "comissió de cobrament".

Tanmateix, en la pràctica el més comú és matisar les prestacions amb una sèrie de pactes que compliquen més la situació. Així, les parts poden pactar l'anticipació del crèdit, de manera que l'empresa de facturatge pagui al client l'import del crèdit, sense esperar-ne al venciment, i després el cobri (i recuperi així els diners) al deutor. En aquests casos de simple "bestreta", si el deutor no satisfà el crèdit, llavors l'empresa de facturatge recupera del client els diners anticipats, i és el client el que s'ha de dirigir contra el deutor. D'aquesta manera l'empresa de facturatge no assumeix el risc d'insolvència o d'impagament; només anticipa, es converteix en cessionària del crèdit, i intenta cobrar-lo. Però si el deutor no el paga, és com si es "resolgués" l'avançament.

Altres vegades, i amb independència que s'avancin o no els diners, l'empresa de facturatge assumeix el risc d'insolvència del deutor. Vol dir això que la cessió es fa en ferm i que, si el deutor no paga, l'empresa ja no pot recobrar els diners del client, sinó que haurà d'exercir les accions corresponents contra el deutor. És el facturatge anomenat normalment "sense recurs" (ja que l'empresa ja no pot recórrer, acudir, al client).

En la pràctica el més comú és pactar una combinació de la bestreta i del facturatge sense recurs, de la manera següent: s'anticipa al client un percentatge del crèdit, i l'empresa de facturatge assumeix la insolvència del deutor per a aquesta quantitat. Si acaba cobrant el 100% del crèdit abonarà al client la resta del total (el crèdit menys el percentatge anticipat); si no cobra del deutor, el client no torna res, però tampoc no té dret a la part que faltava.

Com s'aprecia, si es pacta seguir una modalitat o una altra, canvia per complet la naturalesa i tipus de contracte. Si només es gestiona el cobrament és una "comissió de cobrament"; si s'assumeix el risc d'impagament, és una "comissió de cobrament en garantia"; si s'avança, és una forma de finançament; i en la versió que més es practica, hi ha un finançament parcial del crèdit (ja que se n'anticipa en ferm una bona part). D'altra banda, el preu o comissió que cobra l'entitat de facturatge és totalment diferent, ja que per la simple comissió de cobrament percep una quantitat o percentatge molt menor que si, per exemple, assumeix el risc d'insolvència o avança el crèdit.

Normalment en aquests contractes l'empresa de facturatge sol·licita al client una llista dels seus deutors, i li indica els deutors per als quals gestionarà el cobrament dels crèdits, o respecte dels quals n'avançarà o assumirà la insolvència. D'aquesta manera l'entitat es compromet a intentar cobrar i, en el seu cas, a avançar o assumir la insolvència, només de deutors que consideri solvents. D'una altra part, en aquests contractes és fonamental que s'operi la "cessió dels crèdits" del client a l'empresa de facturatge, perquè aquesta es trobi legitimada per a presentar-los al cobrament, per a reclamar-los, etc. Aquesta cessió es comunica al deutor cedit, perquè sàpiga que el nou creditor és l'entitat de facturatge, i que només l'allibera el pagament a aquest nou creditor.

Una altra funció que compleixen les empreses de facturatge és la d'informació sobre les empreses. Al cap d'un temps d'exercici de la seva activitat aquestes entitats coneixen els empresaris del seu entorn, la seva solvència moral i econòmica, les seves possibilitats, etc., i per això els poden demanar informació o assessorament sobre aquests aspectes. Finalment, ja que aquestes entitats gestionen el cobrament de la majoria dels deutors del client, de vegades s'estableix que també s'ocuparan de portar tota la comptabilitat d'aquest client.

Malgrat l'atipicitat general del contracte, hi ha algunes normes disperses que regulen certs aspectes parcials d'aquest negoci. L'art. 200 de la Llei 9/2017, de contractes del sector públic, admet la cessió dels drets de cobrament dels contractistes de l'Administració pública. D'aquesta forma, aquests contractistes poden "descomptar" (del contracte de descompte bancari, vegeu més endavant) o encomanar la gestió de cobrament dels crèdits a les empreses de facturatge. Així mateix, se li aplica el que es disposa en la Llei 1/1999, de 5 de gener, sobre les entitats de capital-risc, i, en concret, la seva disposició addicional 3a. referida a "determinades cessions de crèdits" empresarials. Les cessions de crèdit a les quals es refereix la norma (que està pensant en les realitzades mitjançant contractes de facturatge) tindran eficàcia enfront de tercers des de la data de la celebració, sempre que es justifiqui la certesa de la data per algun dels mitjans establerts en els arts. 1218 i 1227 CC o per qualsevol altre mitjà admès en dret. En cas de concurs del cedent, seran rescindibles d'acord amb el que es disposa en l'art. 71 LC, però en cas de concurs del deutor cedit, els pagaments realitzats per aquest al cessionari no estaran subjectes a aquesta rescissió, excepte en alguns supòsits.

7. Garanties personals

De la devolució d'un préstec o del compliment d'una obligació respon el deutor amb tots els seus béns, presents i futurs (art. 1911 CC). Però quan la solvència del deutor no sembla suficient, el creditor sol exigir, abans de concertar el préstec o de contreure l'obligació, que s'asseguri o garanteixi el compliment mitjançant algun mecanisme afegit a aquesta responsabilitat patrimonial del deutor. Les garanties que es poden establir per a assegurar el pagament d'un crèdit poden ser de dos tipus: reals i personals. Les garanties reals es tracten normalment, en dret civil, dins dels drets reals. Dins de les garanties personals el negoci típic i bàsic és la fiança.

7.1. La fiança

7.1.1. Concepte, estructura, constitució

La fiança consisteix a assumir el fiador o avalador l'obligació de pagar o complir per un tercer en el cas que no ho faci aquest (art. 1822 CC). D'aquesta manera el creditor té la seguretat que, encara que el deutor no li satisfaci el seu deute, ho farà el fiador. Per això el fiador normalment serà persona solvent, ja que si no a la pràctica la garantia perd operativitat real i interès per al creditor. Les regles de la fiança en l'àmbit mercantil no presenten especialitats notables amb relació a les regles del Codi civil. La fiança és mercantil quan el contracte el compliment del qual s'assegura és mercantil (art. 439 CCo).

Encara que el Codi civil no n'exigeix el compliment de cap manera específica, sí que requereix que la fiança civil sigui expressa i consti inequívocament (art. 1827.I CC). En l'àmbit mercantil s'exigeix, a més, que la fiança consti per escrit, en línia amb aquesta exigència de ser expressa, però afegint un requisit formal obligat (STS 14 novembre 1988 o 6 octubre 2005).

L'obligació consolidada ha de ser una obligació vàlida, ja que, com de seguida es veurà, la fiança segueix les característiques i vicissituds de l'obligació principal. Si aquesta fos nul·la, també ho seria la fiança. L'obligació consolidada pot ser ja existent quan es pacta la fiança, però també es poden garantir obligacions futures l'import de les quals no sigui conegut encara, si bé no es podrà reclamar contra el fiador fins que el deute sigui liquidat (art. 1825 CC; vegeu STS 13 octubre 2005, 28 febrer 2006 i 30 octubre 2006). Aquest tipus de fiances se solen denominar "fiances òmnibus" o "fiances flotants", perquè cobreixen tots els deutes futurs o perquè inclouen en cada moment uns imports globals diferents.

7.1.2. Contingut de la fiança. Vicissituds de l'obligació afiançada

La fiança es caracteritza per dues notes principals: accessorietat i subsidiarietat. La primera significa que la fiança és accessòria respecte del deute principal, de manera que segueix totes les vicissituds d'aquesta. Una conseqüència d'això és que el fiador no es pot obligar a més que el deutor principal (art. 1826 CC), que l'obligació del fiador és nul·la si resulta nul·la la del deutor (art. 1824.I CC), que la fiança s'extingeix si s'extingeix l'obligació principal (art. 1847 CC), i que el fiador podrà oposar al pagament les mateixes excepcions que pugui tenir en aquest cas el deutor principal (art. 1853 CC). De la mateixa manera, si en el concurs del deutor el creditor accepta un conveni de quitament o espera, aquest mateix quitament o espera s'aplicarà a l'obligació del fiador (art. 135.II Llei concursal).

Pel que fa a la subsidiarietat, vol dir que el fiador només respon si no ho fa, ni ho pot fer, el deutor principal. L'article 1830 CC estableix que el fiador no pot ser compel·lit a pagar el creditor sense que es faci abans excussió dels béns del deutor, i això es tradueix en la pràctica en l'anomenat "benefici d'excussió": si es demanda el fiador, aquest es podrà oposar al pagament assenyalant béns concrets del deutor, realitzables dins del territori espanyol, que siguin suficients per a cobrir l'import del deute (art. 1823 CC). Com s'aprecia, és una excepció que ha d'oposar el fiador –no opera automàticament–, i a més exigeix que assenyalï béns concrets que es puguin vendre per a obtenir la quantia suficient.

Aquest benefici d'excussió no té lloc si el fiador hi renuncia, si s'obliga solidàriament amb el deutor, en cas de concurs del deutor, o quan aquest no pugui ser demandat judicialment dins del Regne (art. 1831 CC). És molt comú que en les fiances es pactin, sovint barrejades com si fos una única institució, la renúncia per part del fiador al benefici d'excussió i la solidaritat amb el deutor. Es tracta de figures diferents, amb diferent abast en certs aspectes, però que impliquen totes dues que el fiador podria ser demandat encara que abans no s'hagués reclamat al deutor i encara que aquest tingui béns suficients. Com que això és el més usual, de fet el benefici d'excussió sol operar molt poc en la vida real. Per tant, el Tribunal Suprem ha entès que en la fiança mercantil la regla és la solidaritat (fins i tot quan no es pacta expressament), atesa la necessitat de garanties fermes en les transaccions mercantils i l'apogeu de l'obligació solidària en altres àmbits en benefici de la seguretat jurídica (STS 20 octubre 1989, 14 febrer 1997 o 26 maig 2004). Aquesta interpretació resulta molt criticable, ja que és clar que legalment el Codi civil estableix aquest benefici, i el Codi de comerç no l'exclou ni matisa per a l'àmbit mercantil.

Si el fiador es veu obligat a fer el pagament, podrà reclamar després el deutor per aquesta raó. La reclamació inclourà el següent: la quantitat satisfeta al creditor; els interessos legals des que s'hagi fet saber el pagament al deutor; les despeses ocasionades al fiador després de posar en coneixement del deutor el pagament esmentat; i els danys i perjudicis, quan hi escaiguin (art. 1838 CC). A més d'aquesta acció de repetició, el Codi afegeix que el fiador se subroga pel pagament en tots els drets que el creditor tenia contra el deutor (art. 1839 CC), és a dir, que pot exercir les mateixes accions que tenia el creditor. No és clar si es tracta de dues accions diferents (de repetició i de subrogació), o més aviat d'una. L'actitud majoritària actualment és la que interpreta que es tracta

d'una única acció: el fiador podrà repetir el pagament per aquests conceptes, i per a això es podrà prevaler o aprofitar de les garanties o privilegis que tingués –en el seu cas– l'acció del creditor.

A més d'aquestes possibilitats de repetició, el Codi preveu l'anomenada "acció de rellevament", que permet en certs casos al fiador reclamar al deutor, bé que pagui el deute, bé que el garanteixi d'una altra forma diferent de la fiança; en qualsevol dels supòsits "relleva" el fiador, l'eximeix d'haver de pagar. Aquesta acció de rellevament és escaient, entre altres supòsits, quan es demandi el fiador, en cas de concurs del deutor, o quan l'obligació consolidada hagi vençut (vegeu tots els supòsits en l'article 1843 CC). En realitat l'acció de rellevament no se sol exercitar en la pràctica, i representa una espècie d'"anticipació del dret de repetició", de manera que, fins i tot abans de pagar, el fiador aconsegueix que el deutor extingeixi la fiança (després de pagar, del que té dret és de repetir el pagament i subrogar-se a les accions del creditor).

7.1.3. La cofiança. La subfiança. La contragarantia

Quan hi ha diversos fiadors d'un mateix deute es constitueix la denominada "cofiança", la principal característica de la qual és que l'obligació de pagament es divideix entre tots els fiadors ("benefici de divisió", art. 1837 CC). A aquest benefici, com al d'excussió, es pot renunciar, i és molt comú que es faci així; a més, la jurisprudència ha considerat que la cofiança mercantil és solidària encara que no es pacti així, com ja es va assenyalar en tractar del benefici d'excussió. En la cofiança el fiador que paga pot, a més de repetir el del deutor, repetir el pagament dels altres cofiadors –si el pagament es va fer en virtut de demanda judicial o per estar el deutor principal en concurs o fallida– segons les regles dels articles 1844 i següents CC. Si algun dels cofiadors resulta insolvent, la part d'aquest recaurà sobre tots en la mateixa proporció (art. 1844.II CC). És a dir, si hi havia quatre cofiadors i un resulta insolvent, cada un dels restants hauria d'assumir finalment un terç del deute).

Per part seva la "subfiança" consisteix que una persona, el "subfiador", s'obliga a pagar en el cas que no satisfaci la seva obligació el fiador. Es tracta, per tant, d'una "fiança del fiador". El subfiador gaudeix del benefici d'excussió, tant respecte del fiador com del deutor principal (art. 1836 CC), si bé és bastant comú pactar la renúncia a aquests beneficis o la solidaritat.

Finalment, es pot fer referència a la figura de l'anomenada "contragarantia", que constitueix una garantia que s'estableix a favor del fiador perquè, si aquest paga la seva obligació, pugui recuperar fàcilment el que ha satisfet. La "contragarantia" resulta, així, una manera d'exercitar amb facilitat i immediatesa el dret de repetició del fiador. La contragarantia pot consistir en una obligació personal del deutor principal o d'un tercer, però també en una garantia real sobre un bé concret, o en la pignoració de determinats saldos bancaris, per exemple.

En molts casos, per exemple, el banc que avala un deutor "obliga" aquest a tenir sempre uns fons "bloquejats" en un compte corrent del banc mateix, de manera que, si aquest fa el pagament en virtut de la fiança, recupera ràpidament els diners carregant-lo en aquest compte. Com poden ser tantes les modalitats, i tan diverses, la "contragarantia" no és una categoria concreta i unívoca ni té un règim específic, sinó que es regirà segons les regles del tipus de garantia o assegurement que es faci. En el cas que es tracti d'una obligació personal de pagament assumida per un tercer, aquest "contragarant" actua com

un responsable del dret de reembors davant el fiador que paga, però no és un obligat al pagament davant el creditor principal, que no veu així augmentades les seves possibilitats de cobrament.

7.1.4. Extinció de la fiança

La fiança es pot extingir, bé perquè s'extingeixi el deute principal (principi d'accessorietat), bé perquè s'extingeixi la fiança mateixa; en qualsevol dels casos per alguna de les causes d'extinció de les obligacions (arts. 1182 a 1213 CC). Així, pot ser que el creditor condoni o perdoni el deute principal, o només la fiança; o el pagament del fiador o del deutor implica igualment l'extinció de l'obligació del fiador.

Hi ha, a més, dues regles específiques. En primer lloc, la concessió d'una pròrroga al deutor extingeix la fiança (art. 1851 CC), ja que agreuja la posició del fiador, llevat que el fiador mateix consenti tal pròrroga i continuar obligat. El precepte citat només opera si la pròrroga va ser voluntària per part del creditor (STS 5 febrer 1955, 7 abril 1975, 8 maig 1984 o 8 octubre 1986), per la qual cosa la doctrina i la jurisprudència entenen que no es refereix als casos en els quals el creditor es veu "obligat" a concedir una pròrroga mitjançant una espera acordada en conveni concursal, espera per a la qual va votar en contra, però que el vincula si és acceptada per la majoria dels creditors. En segon lloc, la fiança s'extingeix si, per algun fet del creditor, no pot quedar subrogat en els drets, hipoteques o privilegis d'aquest el fiador que paga (art. 1852 CC; recordem que el fiador que paga se subroga a les seves accions).

Un supòsit d'aplicació de l'article 1852 CC es pot veure en la STS 25 octubre 1999. El banc creditor va satisfer un xec lliurat contra el compte del deutor, xec que estava firmat per només un dels administradors (i calia la firma de tots dos). Quan el banc va reclamar el saldo negatiu d'aquest compte al fiador, aquest va al·legar que no podria cobrar subrogant-se a l'acció del banc contra el deutor, ja que aquesta acció no podia prosperar perquè el deutor podia al·legar que aquest xec no hauria d'haver estat pagat.

7.2. Les garanties independents o autònomes

En el tràfic mercantil actual és comú pactar com a garantia no pas fiances simples, sinó figures una mica imprecises en les quals el garant es compromet a pagar el deute d'un tercer davant de l'incompliment d'aquest, però afegint que el pagament es farà quan el requereixi el creditor. Es parla així de garanties, fiances o avals "a primera demanda" o "a primer requeriment", posant èmfasi en aquesta característica de pagament immediat a la reclamació. El que és definitori d'aquestes figures, tanmateix, no és tant el fet de la immediatesa com el que porta implícit aquesta: es parteix del fet que el garant no es pot oposar al pagament acudint a la relació subjacent existent entre deutor i creditor. Precisament perquè no l'afecta la relació esmentada, paga sense requerir res sobre el compliment o incompliment d'aquesta. Posteriorment el garant repetirà del deutor, i aquest serà el qui, en el seu cas, actuï contra el creditor si aquest va executar la garantia de manera abusiva (per exemple, tenint el deute ja pagat, o amb el contracte anul·lat o pagat). Es podria dir, amb un simplisme excessiu però il·lustratiu, que el garant paga sense preguntar res (això és, sense exigir

explicacions o acreditacions de la realitat de l'incompliment de "l'obligació garantida"), i que després repeteix aquest pagament del deutor. El que és definitori no és el pagament "a primera demanda", sinó que el garant pacta que no podrà oposar al pagament excepcions basades en la relació subjacent existent entre deutor i creditor. Per això resulta preferible l'expressió de "garantia autònoma" o "garantia independent" a la de "garantia a primera demanda".

Aquestes formes de garantia comporten avantatges molt rellevants, respecte d'una fiança típica, tant per al beneficiari com per al garant. Així, el beneficiari té el compromís del garant que pagarà quan sigui requerit per a fer-ho, fet que facilita enormement la reclamació, ja que no haurà d'acreditar l'incompliment del deutor ni se li podrà denegar el pagament oposant excepcions que escaiguin al deutor principal o siguin inherents al deute (art. 1853 CC). D'altra banda, per al garant també implica més facilitat el fet de no haver de consultar al deutor per a saber quines excepcions pot oposar, i si les ha d'oposar (arts. 1840 i 1853 CC), de manera que es limita únicament a pagar i, posteriorment, a repetir el pagament del deutor (encara que resulti obvi, el garant se sol cuidar molt de tenir la seguretat que podrà recuperar la quantitat pagada, sovint perquè és una entitat de crèdit que conserva fons bloquejats del deutor suficients per a cobrir pagaments eventuais que es facin en virtut de les garanties prestades). En desvincular-se la garantia de l'obligació garantida, el garant no ha d'indagar sobre el grau de compliment d'aquesta ni de les vicissituds esdevingudes sobre això. Quant al deutor, si bé s'exposa a una reclamació abusiva del beneficiari, normalment obté el crèdit més fàcilment, en garantir-lo amb una obligació tan fàcil de ser exigida, i també pot ser que el preu que li cobri el garant sigui menor.

7.2.1. Règim legal

En el dret espanyol no hi ha una regulació ni una previsió expressa d'aquest tipus de garanties. Alguns autors proposen que serien aplicables les regles de la fiança civil o mercantil que no estiguin basades en l'accessorietat; d'altres estimen que es tracta d'una figura atípica, que no es podria assimilar, ni tan sols per analogia, a la fiança. Sí que hi ha una regulació en l'àmbit internacional. D'una banda, les Regles uniformes de la Cambra de Comerç Internacional relatives a les garanties a requeriment primer (Uniform Rules for Demand Guarantees, URGD 758, de 2011), que simplement constitueixen una proposta de regulació que les parts poden acceptar com a regla per a la garantia que pactin; l'obligatorietat, per tant, depèn del fet que les parts les assumeixin com a normativa del seu contracte. D'altra banda, hi ha la Convenció de les Nacions Unides sobre garanties independents i cartes de crèdit contingent (d'ara endavant, CGII), feta a Nova York el 1995, oberta a la firma dels membres de l'ONU des de l'1 de gener del 2000.

7.2.2. Contingut de la garantia

No hi ha una fórmula específica que determini directament que la garantia constituïda sigui autònoma. La qüestió s'ha de decidir cas per cas, i resulta inequívoc que el que s'ha pactat no és una fiança, sinó una obligació de pagament desvinculada d'una relació subjacent (vegeu STS 5 juliol 2002, 12 novembre 2003 o 27 novembre 2006), de manera que el garant no podrà oposar les raons per a negar el pagament que sí que podria oposar el deutor.

De vegades, per a exigir el pagament n'hi ha prou amb la simple reclamació al garant, sense més justificacions ni requisits. Però també es poden pactar altres modalitats. De vegades s'exigeix, a més de la reclamació, una constància documental expressa, bé de l'impagament de l'obligació garantida, bé de la reclamació no reeixida al deutor, bé d'altres circumstàncies.

En aquests casos, denominats per la doctrina "garanties a primera demanda documentals," certament es veu matisada l'autonomia del negoci, ja que es fa una referència expressa a la relació subjacent i a la falta de compliment d'aquesta. Tanmateix, continuen essent garanties independents, diferents de la simple fiança, perquè el garant simplement comprova el compliment d'uns requisits formals i perquè, *prima facie*, els documents presentats acrediten l'impagament, però sense poder indagar més ni poder negar-se al pagament basant-se en les vicissituds de la relació subjacent.

Havent satisfet el garant el pagament, pot repetir el mateix del deutor principal, simplement justificant que s'han complert els requisits pactats en la garantia (termini, presentació de documents, etc.). El deutor haurà de reemborsar la quantitat pagada, i també altres sumes que puguin haver pactat (interessos, comissions, etc.). Si la reclamació del beneficiari va resultar indeguda, el deutor es podrà dirigir contra ell i provar tal circumstància, ja que entre ells sens dubte té joc plenament la relació subjacent.

Com a "contrapès" a l'exigència especial que representen aquestes garanties autònomes o a requeriment primer, des d'un principi tant alguns textos internacionals com la doctrina han defensat que, si bé l'obligació del garant és independent del negoci subjacent, el garant podria invocar el negoci subjacent per a oposar-se al pagament si la reclamació del beneficiari resulta evidentment abusiva (*exceptio doli*).

El nostre Tribunal Suprem ha assenyalat, així, que el garant podria provar que el deutor principal ha pagat, i amb això quedaria alliberat de la seva obligació (STS 27 octubre 1992, 31 maig 2003 o 28 maig 2004). Com s'aprecia, admetre això implica que l'autonomia o independència de la garantia no són absolutes. Sens dubte, a part d'aquesta *exceptio doli* el garant podrà oposar les excepcions derivades de la garantia mateixa, tal com va ser pactada: reclamació del beneficiari feta fora de termini; no-presentació dels documents exigits per a fer la reclamació; o presentació dels documents exigits, però de manera incorrecta (còpies il·legibles, documents evidentment falsificats o amb contingut no corresponent amb el que es va pactar, etc.).

7.3. Las cartes de patrocini

Les anomenades normalment "cartes de patrocini" es caracteritzen per ser documents enviats normalment per una societat mare, o un soci majoritari, a l'entitat que està estudiant la concessió d'un crèdit a la filial o a la societat.

En aquestes cartes l'emissor es presenta com a societat mare o com a soci majoritari d'aquell possible futur deutor, i sol manifestar el seu coneixement de l'operació creditícia que s'està gestionant, i també el seu suport. El grau d'aquest suport fa que s'hagin de distingir dos grans tipus o classes de cartes de patrocini: febles o fortes. En les cartes febles, l'emissor simplement manifesta la seva condició de societat mare o soci majoritari i el seu suport a l'operació i a la societat controlada, però sense assumir en absolut cap responsabilitat quant al pagament del deute que s'està gestant. En canvi, en les cartes fortes sí que hi ha una certa vinculació, bé a fer el possible perquè la "patrocinada" pagui, bé fins i tot a satisfer el deute si l'afavorida no ho fa. El ventall de possibilitats és molt ampli i, com s'aprecia fàcilment, la naturalesa jurídica de la institució no és única.

La terminologia no és unívoca tampoc, i hi ha diferents expressions tant en català ("cartes de patrocini", "cartes de confort", "cartes de suport", "cartes de conformitat", "cartes de responsabilitat", "cartes de garantia"), com en altres idiomes (*letter of responsibility*, *letter of support*, *letter of patronage*, *letter of intention*, etc.). Alguns d'aquests termes són relatius només a cartes febles o a fortes, però d'altres inclouen totes dues modalitats i tenen més imprecisió.

El que és característic d'aquestes figures és que impliquen un reforçament o suport a la patrocinada perquè pugui obtenir un finançament, però sense que l'emissor del document es comprometi d'una manera seriosa com a "fiador". Les raons d'evitar una obligació d'aquest tipus són variades. En primer lloc, perquè sovint l'emissor no vol assumir un compromís jurídic ferm, sotmès a drets nacionals substantius o processals que poden ser especialment rigorosos amb aquest. En segon lloc, perquè d'aquesta manera l'emissor no assumeix una obligació que hagi de fer constar com a risc assumit en la seva comptabilitat o davant dels seus creditors, o que es consideri com a garantia als efectes dels arts. 150 o 162 LSC. Finalment, perquè creant aquesta certa indefinició sobre si es respon o no d'alguna cosa s'espera obtenir finançament per a la patrocinada, basant-se en aquest suport "informal", sense comprometre la solvència pròpia.

De fet, aquestes cartes, en la seva modalitat feble, han tingut molt èxit i s'han prodigat en els mercats financers, i atorguen sovint una confiança que, arribat el cas, s'ha complert en supòsits de dificultats financeres de la patrocinada. En aquest àmbit, com en molts d'altres, sovint l'emissora del document en procura el compliment no per a fer front a un deure moral o jurídic, sinó per a mantenir la credibilitat financera i econòmica del grup de societats en què està implicat la patrocinada, i sens dubte també per a mantenir la credibilitat dels tercers en el fet que ella compleix les seves "promeses". Per això, encara que per als juristes aquests "compromisos que no són compromisos" resulten summament contradictoris, en el tràfic econòmic tenen una importància real i creen una confiança que sovint es veu recolzada per l'actuació posterior.

Les cartes de patrocini "febles" són aquelles en les quals l'emissor no assumeix un compromís exprés que el deute que gravarà la persona patrocinada serà satisfet. En aquestes cartes normalment es manifesta la participació majoritària de l'emissor en el capital del patrocinat, o la seva condició de societat mare de la patrocinada, el coneixement que el destinatari de la carta està estudiant

concedir finançament al patrocinat, i una intenció o desig que l'operació sigui reeixida, però sense assumir un compromís directe ni indirecte en el pagament.

Aquest tipus de documents està molt estès en el tràfic, i normalment generen una confiança en el destinatari que el seu emissor farà que la patrocinada compleixi els seus compromisos, sobretot perquè el cas contrari conduiria al descrèdit comercial del "patrocinant" i el "patrocinat". Però en alguns casos l'entitat deutora no paga i, quan el creditor d'alguna manera exigeix a l'emissora que compleixi la seva "obligació" o "compromís" (per anomenar-ho d'alguna manera), es planteja fins a quin punt aquests documents permeten exigir una responsabilitat als seus emissors. En una primera actitud, que és la que manté la nostra jurisprudència, s'afirma que aquestes cartes de patrocini febles no impliquen cap vinculació jurídica (STS 16 desembre 1985 i 13 febrer 2007). Davant aquesta actitud, la majoria dels autors ha mantingut una posició contrària, i han defensat –amb caràcter general–, un cert abast jurídic de la carta feble. Tanmateix, i a part de declaracions purament retòriques, el que és important no és si tenen abast jurídic, sinó en quina mesura seria exigible una responsabilitat a l'emissor de la carta. Entre els autors que donen una resposta concreta a aquesta qüestió, la majoria defensa que hi haurà responsabilitat només si les manifestacions que va fer l'emissor (sobre el control, del suport financer, etc.) són falses, però no en un altre cas.

En aquesta matèria resulta millor fugir d'apriorismes, i sense partir de si la carta és forta o feble, valorar els termes estrictes del document, què afirma i a què es compromet l'emissor, i a partir d'aquí dilucidar si ha de respondre d'alguna manera per l'incompliment de la "patrocinated". Sembla clar que no haurà de respondre com a fiadora, però sí si va incomplir algun dels compromisos assumits (el manteniment de la participació majoritària, el suport financer o la injecció de finançament, el control de l'endeutament o de la gestió correcta, etc.), o si va exagerar (és a dir, va falsejar) la realitat del que va declarar.

Les cartes de patrocini "fortes" representen, d'una manera o una altra, un compromís de l'emissor que el deute a què es refereix serà satisfet, bé perquè l'emissor o el seu grup donen suport financerament a la patrocinada i faran el que sigui possible per aconseguir el pagament, bé perquè l'emissor s'obliga específicament a pagar si no ho fa aquesta (vegeu diversos supòsits en les STS de 30 de juny de 2005, de 13 de febrer de 2007 o de 27 de juny de 2016). La doctrina i la jurisprudència majoritàries consideren que aquests documents constitueixen una forma de garantia personal atípica, que en alguns casos es podria qualificar com a fiança verdadera (si l'emissor es compromet al pagament si no hi ha compliment de la patrocinada), i que en d'altres no es regiria per les regles de la fiança, però representaria al cap i a la fi una obligació exigible de manera directa a l'emissor com a vincle contractual.

8. Contractes bancaris

Dins dels contractes de crèdit tenen una gran rellevància els contractes bancaris, ja que en el fons la major part de les operacions de crèdit tenen com a suport la intervenció directa o indirecta d'una entitat de crèdit. En parlar d'operacions o contractes bancaris ens referim no solament a les efectuades pels bancs, sinó en general a totes les realitzades per entitats de crèdit (bancs, caixes d'estalvi, cooperatives de crèdit).

El règim administratiu de les entitats de crèdit es recull actualment en la Llei 10/2014, de 26 de juny, d'ordenació, supervisió i solvència de les entitats de crèdit (d'ara endavant, LOSSEC), que fixa els seus requisits organitzatius i els "matalassos" de solvència (tot això d'acord amb el que es disposa en el Reglament UE 575/2013, dels requisits prudencials de les entitats de crèdit i les empreses d'inversió). D'acord amb el seu art. 1.1, són entitats de crèdit "les empreses autoritzades l'activitat de les quals consisteix a rebre del públic dipòsits o altres fons reemborsables i a concedir crèdits per compte propi".

A partir de 2008, les caixes d'estalvi van patir canvis severos en la seva organització, que van finalitzar en la Llei 26/2013, de 27 de desembre, de caixes d'estalvis i fundacions bancàries. D'acord amb aquesta Llei, l'activitat de les caixes s'orientarà principalment a serveis bancaris i d'inversió per a clients minoristes i pimes, i, normalment, el seu àmbit d'actuació no excedirà el territori d'una comunitat autònoma. Actualment, solament es mantenen dues caixes com a entitats individuals que segueixen realitzant operacions financeres (les d'Ontinyent i Pollença), i la resta s'han integrat en SIP, fusionant-se o transformant-se en una fundació bancària (una fundació que manté una participació en una entitat de crèdit, amb certs requisits, i atén i desenvolupa l'obra social de la fundació amb el rendiment que rep d'aquesta participació).

En els últims anys, els canvis operats en la normativa d'entitats de crèdit han estat molts i de gran importància, i requereixen sobretot una major solvència i una avaluació proporcional molt més rigorosa dels riscos assumits per les entitats. L'exigència d'una sèrie de "matalassos de capital" (això és, de ràtios entre els recursos propis de les entitats i el risc assumit en les seves operacions d'actiu) és imposada per la normativa comunitària (actualment, el citat Reglament UE 575/2013) i recollida en els arts. 43 a 49 LOSSCE. La Llei 11/2015, de 18 de juny, de recuperació i resolució d'entitats de crèdit i empreses de serveis d'inversió (LRREC), és la que regula l'actuació quan una entitat de crèdit està en risc d'insolvència o en situació actual d'insolvència.

Les operacions bancàries se solen estudiar atenent el criteri de qui assumeix la posició de prestador en la relació jurídica. Així, quan és el banc qui deixa es parla d'operacions actives; d'operacions passives quan li deixen; i d'operacions neutres quan no hi ha una relació de crèdit, sinó un servei d'un altre tipus prestat pel banc (dipòsit, col·locació de valors mobiliaris al mercat, etc.).

8.1. El contracte de compte corrent bancari

8.1.1. Concepte, funcions i naturalesa jurídica

El contracte de compte corrent és aquell mitjançant el qual el client d'una entitat de crèdit i aquesta convenen que l'entitat atindrà les ordres de pagament i de domiciliació d'ingressos que determini el client, i que els fluxos dineraris generats per aquests pagaments i ingressos s'anotaran mitjançant un sistema comptable de deute i abonament, que determina en cada moment el saldo exigible. El contingut fonamental del contracte és, d'aquesta manera, doble. D'una banda, el client obté l'anomenat "servei de caixa", és a dir, la possibilitat de disposar dels diners existents en el compte mitjançant mecanismes de pagament molt variats (xecs, transferències, targetes bancàries, domiciliació de pagaments, etc.), i també de fer ingressos també de diferents maneres (pagaments efectuats per tercers i domiciliats en el compte, ingressos del titular, etc.). I, per un altra, aquests pagaments i ingressos s'anoten mitjançant una "tècnica comptable" de deutes i abonaments, que determina un saldo a favor d'una de les parts negocials. El compte corrent resulta, així, un negoci purament instrumental, una manera de disposar dels diners sense haver-los de mobilitzar físicament. Al seu torn, hi haurà una altra operació bancària, aquesta sí, substantiva, que justificarà l'existència dels fons del compte.

Fins a l'any 2009, el compte corrent era un contracte atípic, però la Llei 16/2009, de 13 de novembre, de serveis de pagament (LSP), va suposar una regulació parcial d'aquest. Aquesta norma ha estat derogada pel Decret llei 19/2018, de 23 de novembre, de serveis de pagament i altres mesures urgents en matèria financera, que reassumeix i actualitza la regulació (el citat Decret llei suposa la transposició de la Directiva (UE) 2015/2366, de 25 de novembre de 2015, sobre serveis de pagament al mercat interior). Per descomptat, no és una norma que es refereixi de forma principal al contracte de compte corrent, el qual ni tan sols s'esmenta amb aquest nom ni una sola vegada. Però la regulació que realitza dels diversos sistemes de serveis de pagament, i especialment dels "contractes marc de serveis de pagament", té com a exemple més clar d'aplicació pràctica el contracte de compte corrent.

La majoria dels serveis de pagament constitueixen les operacions ordinàries que suposen el servei de caixa complet del compte corrent ordinari: la gestió dels pagaments, fonamentalment el compliment d'ordres de pagament realitzades mitjançant domiciliació de rebuts, transferències i targetes bancàries. En diversos preceptes, la Llei es refereix al "contracte marc" de serveis de pagament, que es defineix com "un contracte de servei de pagament que regeix l'execució futura d'operacions de pagament individuals i successives, i que pot estipular l'obligació d'obrir un compte de pagament i les corresponents condicions per a això" (art. 3.9). Al seu torn, el "compte de pagament" és "un compte

a nom d'un o diversos usuaris de serveis de pagament que és utilitzat per a l'execució d'operacions de pagament" (art. 3.11). El paradigma d'aquest contracte seria l'obertura d'un compte corrent i la corresponent assumpció de l'obligació de complir amb les ordres de pagament. Encara que no és obligatori obrir un compte de pagament, no cal dir que en la immensa majoria dels supòsits, les ordres de pagament s'instrumenten dins d'un contracte de compte corrent.

El Decret llei 19/2018 regula molts dels aspectes contractuals dels serveis bancaris de pagament. La major part d'aquesta regulació és comuna a qualsevol dels serveis de pagament que s'utilitzen (dates de valoració, informació prèvia, etc.). Concretament, la Llei regula els requisits de transparència de les condicions i de la informació aplicables als serveis de pagament (arts. 28 a 31). Vegeu el desenvolupament realitzat per l'Ordre EHA/1608/2010), la modificació i la resolució del contracte de compte corrent (arts. 32 i 33), l'autorització d'operacions de pagament (arts. 36 a 49) i l'execució d'operacions de pagament (arts. 50 a 64).

Les entitats de crèdit solen cobrar al client unes comissions per portar el compte, pel fet de permetre les ordres i de comptabilitzar-les. I aquesta comissió és independent del preu de l'operació ordenada, que s'hi afegeix. Actualment el guany de les entitats ja no pot venir del marge d'intermediació, com més va més estret, i per això en els últims anys s'ha incrementat el nombre de comissions i la seva quantia, com a única manera d'obtenir uns beneficis adequats.

La doctrina s'ha plantejat la dubtosa legalitat d'aquestes comissions quan no responen a un servei efectiu; sobretot si es pacten respecte de consumidors, cas en què es podria tractar de clàusules abusives. Una altra qüestió problemàtica la constitueix la "incorporació" de les clàusules esmentades al contracte, ja que si efectivament no van ser expressament acceptades pel client no el vincularien (és el que de vegades passa amb clàusules il·legibles, o incomprensibles, o que es troben en documents generals que no es lliuren efectivament al client).

La major part de la doctrina coincideix a considerar que el compte corrent participa de la naturalesa dels contractes de mandat o comissió mercantil. Això és així perquè en realitat el banc gestiona els diners existents en el compte del client d'acord amb les ordres d'aquest, fent pagaments o abonaments en execució del "servei de caixa" abans al·ludit. Una qüestió diferent, com s'acaba d'assenyalar, és quina és l'operació concreta que va donar lloc a l'existència de tals fons: pot ser un dipòsit bancari, un préstec bancari, o d'altres. Per ser un mandat o comissió, s'apliquen els deures de diligència en la gestió, informació al client, rendició de comptes, etc., establerts en les regulacions respectives.

8.1.2. Comptes amb diversos titulars: mancomunats i indistints

En matèria de comptes corrents s'ha de fer una distinció molt important, no sempre ben delimitada per la doctrina, entre la categoria de titular del compte i persona amb poder de disposició. El titular és la persona o persones que subscriuen el contracte amb el banc, i que es comprometen a complir les obligacions que en deriven (responen del pagament de les comissions, de les conseqüències dels descoberts, etc.). En canvi, la persona amb poder de disposició

és el subjecte que amb la seva firma pot efectuar càrrecs en el compte (també se sol denominar persona amb "firma autoritzada"). Unes vegades serà el titular mateix, però d'altres el seu representant o un tercer en el qual confia.

Qui té poder de disposició simplement pot ordenar la realització de pagaments, i el banc s'ha compromès amb el titular a complir les ordres esmentades. Però els no-titulars no poden causar, amb les seves ordres de pagament, descoberts, ni tampoc cancel·lar el compte o bloquejar-lo, ja que en realitat no són contractants amb el banc, i la seva actuació pot representar una variació d'elements fonamentals del compte obert.

Quan hi ha una pluralitat de persones amb poder de disposició es planteja el dilema de com podran ordenar pagaments a l'entitat de crèdit. Si es va pactar amb el banc que cal la firma de dues o més d'aquestes persones, se sol dir que el compte és "mancomunat". Implica més control dels fons, però també una certa incomoditat a l'hora d'ordenar els pagaments.

Si, en canvi, s'ha pactat que qualsevol de les persones amb poder de disposició pot amb la seva sola firma ordenar pagaments, es diu que el compte és "indistint" o, també, "solidari". Aquest tipus de comptes plantegen nombrosíssims problemes, perquè la facilitat de gestió i disposició que procuren és directament proporcional, i precisament per aquesta raó, a les situacions conflictives que originen. El gran nombre de vegades que el Tribunal Suprem s'ha enfrontat a problemes originats per aquests comptes constitueix la millor prova que es tracta d'una qüestió pràctica d'innegable rellevància.

Els comptes indiferents s'utilitzen sovint com a forma d'encobrir negocis fraudulents (per exemple, evasió de normes fiscals, civils o hereditàries, i una persona diposita fons en un compte indiferent perquè el cotitular en disposi com si fossin propis, en perjudici de creditors o hereus del que va ingressar les quantitats). En tals casos, lògicament, si es demostra aquesta intenció o un resultat fraudulent, es podran declarar nul·les les actuacions realitzades.

Arran d'aquests comptes, el Tribunal Suprem ha manifestat clarament que l'existència de diversos cotitulars –*sic*, de diverses persones amb poder de disposició– no implica que tots siguin propietaris dels fons, sinó simplement que tenen un dret a disposar-hi per la seva sola voluntat. La propietat dels diners existents la determinaran les regles de dret civil. A més, l'existència d'un compte indiferent no pot implicar que el propietari civil dels fons dipositats els doni al cotitular indiferent no propietari, ja que aquesta voluntat de donació hauria de ser expressa. En aquest sentit, vegeu STS 8 febrer 1991 o 29 maig 2000.

8.2. Targetes bancàries

8.2.1. Concepte i classes

Les targetes bancàries, són, simplement, uns documents de plàstic en els quals hi ha plasmada la identitat del titular i la numeració pròpia de la targeta, i que porten incorporada una banda magnètica en la qual s'anoten les diferents operacions que s'efectuen, pròpies del servei de caixa del compte corrent al qual es vincula la targeta. No són títols valors pròpiament dits, ja que man-

quen de diverses de les dades característiques d'aquests (transmissibilitat, autonomia, literalitat, etc.). Simplement es tracta de documents que permeten l'ús de certes prestacions del servei de caixa i, especialment, el pagament de l'adquisició de béns. En bona mesura "substitueixen" o, més aviat, "equivalen" als diners.

Inicialment es distingien les targetes per a ús de caixer (que permeten obtenir les prestacions del compte corrent mitjançant un caixer automàtic) i les targetes per a compra de béns. Avui dia la majoria de les targetes bancàries permeten tots dos usos. Quant a la prestació de permetre el pagament de la compra de béns, s'ha de fer una distinció en funció del moment en què s'efectua el càrrec del pagament esmentat en el compte del client. Si aquest càrrec es fa en el mateix moment d'efectuar la compra, es diu que la targeta és "de dèbit". Si, en canvi, es fa en unes dates periòdiques prefixades en el contracte properes a la data de l'adquisició (normalment, el dia 1 de cada mes es carreguen les operacions pagades el mes anterior), se sol parlar de targetes "de compra". Finalment, quan el pagament es difereix un termini més llarg, ja pactat des de l'operació (però en dates fixes ja prefixades; per exemple, l'1 de gener es carreguen les compres efectuades el mes de setembre), es diu que la targeta és "de crèdit".

La diferència és molt important, perquè incideix en la naturalesa jurídica del negoci subscrit amb el banc. Així, el pagament de compres mitjançant targeta de dèbit és un simple mandat o comissió de pagament, i només es fa si el client té fons suficients per a efectuar el càrrec (l'existència d'aquesta provisió es comprova en passar la targeta pel datàfon que hi ha al comerç, el qual està connectat a la central de targetes, de manera que el càrrec es fa immediatament en el compte). L'ús de targetes de compra, en canvi, incorpora elements del mandat i del crèdit: s'ordena a l'entitat de crèdit el pagament d'un bé, però el client obté un ajornament del pagament (ja que la diferència entre la data d'operació i la data del càrrec pot ser de gairebé un mes), i a més el banc s'arrisca a pagar encara que no hi hagi fons en el compte del client (ja que en aquests casos no sempre es comprova l'existència de fons, justament perquè els fons han d'existir en fer-se el càrrec, no en efectuar-se la compra). Finalment, les targetes de crèdit sí que representen una operació de crèdit, ja que el banc pagarà al venedor del bé al comptat, i, tanmateix, carrega aquesta operació al client passat un termini de, normalment, tres a sis mesos. També aquí l'entitat de crèdit corre el risc que el client manqui de fons en el moment del càrrec. Precisament perquè és una operació de crèdit es cobren uns interessos al client; a més, relativament elevats, que s'apliquen prenent com a base el termini de diferència

Com en la immensa majoria de les operacions bancàries, no hi ha una regulació normativa general de l'ús de les targetes bancàries. Però alguns aspectes concrets sí que estan regulats en el Reial decret llei 19/2018, abans citat.

8.2.2. Relacions contractuals existents

Normalment, per dur a terme totes les operacions de les targetes bancàries, i especialment l'adquisició de béns, hi ha fins a tres relacions contractuals diferents entre quatre parts contractants. En primer lloc, l'ús i gestió de les targetes sol ser portat per una entitat específicament destinada a aquestes operacions (Visa, Servired, 4B, etc.).

En segon lloc, els comerciants que desitgen que el preu de les seves vendes pugui ser satisfet amb targetes bancàries subscriuen un contracte específic amb les entitats emissores. En aquest contracte assumeixen una sèrie d'obligacions, entre les quals podem esmentar les següents:

- Es comprometen a tractar igual al client que paga en metàl·lic que al que "paga" amb targeta, sense fer per això descomptes a aquell o càrrecs a aquest (la qual cosa inclou aplicar-los els mateixos preus rebaixats en èpoques de rebaixes, per exemple).
- El comerciant assumeix que l'entitat emissora li pagarà l'import de la venda amb un descompte que en l'actualitat té uns límits fixats en el Reial decret llei 2/2014 i que oscil·len entre el 0,3% i el 0,1%.
- Finalment, el comerciant assumeix la càrrega d'identificar el client –no solament corroborar la seva identitat a la targeta i al document personal d'identificació, sinó també que la foto que apareix en aquest correspongui *prima facie* amb la del comprador– i comprovar, almenys formalment, la semblança de la firma del rebut amb el que figura a la targeta.

Quant a les obligacions de les entitats emissores de la targeta, aquestes es comprometen a pagar la venda amb independència que l'usuari de targetes tingui fons en el seu compte bancari. Aquesta és la garantia fonamental per al comerciant, que a més coneix perfectament que ven més si els clients poden pagar amb targeta (és a dir, poden no pagar en metàl·lic), encara que cobri amb un descompte cada una d'aquestes vendes. Sovint el comerciant "internalitza" el descompte, fixant un preu que inclou els descomptes de les vendes fetes amb pagament mitjançant targeta.

Finalment, hi ha una relació contractual entre el client bancari i l'entitat de crèdit pel qual aquell es compromet a tenir fons suficients en el seu compte per a satisfer els càrrecs que s'hagin de fer en funció de l'ús de les targetes (en les dates pactades, segons siguin targetes de dèbit, compra o crèdit). En el supòsit que no tingués fons, se sol pactar la resolució del contracte i de tots els altres contractes de crèdit que el client pogués tenir amb l'entitat, ja que decau la confiança en la solvència, que és característica de les operacions bancàries.

8.2.3. Pèrdua i sostracció

Un dels aspectes fonamentals en la regulació de les targetes per a aconseguir la confiança del client és el de les conseqüències de la pèrdua o sostracció de la targeta i l'ús il·legítim d'aquesta per persones no autoritzades. Fins ara, aquesta qüestió es regulava per les clàusules bancàries, que recollien diverses recomanacions d'acord amb les quals la responsabilitat del titular queda limitada. Actualment, ja hi ha una regulació legal, continguda en l'art. 46.1 del Decret llei 19/2018 (la norma es refereix a pèrdues o sostracció d'"instruments de pagament", i els més comuns són les targetes o també els talons o xecs). La

norma estableix tres grups de supòsits per a les pèrdues derivades d'operacions de pagament no autoritzades resultants de la utilització d'un instrument de pagament extraviat, sostret o apropiat indegudament per un tercer:

1) L'ordenant no suportarà cap cost si no li resulta possible detectar la pèrdua, la sostracció o l'apropiació indeguda d'un instrument de pagament abans d'un pagament, excepte quan el mateix ordenant hagi actuat fraudulentament; o la pèrdua es degui a l'acció o inacció dels empleats o de qualsevol agent, sucursal o entitat d'un proveïdor de serveis de pagament a què s'hagin externalitzat les activitats; o quan les operacions s'hagin efectuat de forma no presencial utilitzant únicament les dades de pagament impreses en el mateix instrument, sempre que no s'hagi produït frau o negligència greu per la seva banda en el compliment de les seves obligacions de custòdia de l'instrument de pagament i les credencials de seguretat i hagi notificat aquesta circumstància sense demora.

2) L'ordenant suportarà totes les pèrdues derivades d'operacions de pagament no autoritzades si ha incorregut en aquestes pèrdues per haver actuat de manera fraudulenta o per haver incomplet, deliberadament o per negligència greu, una o diverses de les obligacions que estableix l'article 41.

3) En els altres supòsits, l'ordenant podrà quedar obligat a suportar fins a un màxim de 50 euros. D'aquesta manera, en definitiva, es limita amb caràcter general la pèrdua per aquests supòsits a 50 euros, i s'exonera el client en una sèrie de casos, però si hi ha hagut frau o incompliment deliberat o per negligència greu de l'obligació de custòdia i de guarda de l'instrument de pagament o de les claus de pagament, el client suportarà totes les despeses realitzades.

8.3. Operacions bancàries actives

8.3.1. Préstecs i crèdits

L'operació activa més típica és el préstec bancari, que per si mateix és un contracte de préstec típic de caràcter mercantil. Però al costat d'aquest hi ha una figura que difereix en molts aspectes, que és "l'apertura de crèdit" o crèdit bancari. En aquesta el banc posa a disposició del client una quantitat determinada de diners, i el client els pot usar amb llibertat, pagant al final del termini pactat els interessos pactats però només respecte de les quantitats efectivament disposades. A més de tals interessos, se sol pagar una comissió d'obertura (un percentatge sobre el total de la quantitat, al principi del contracte) i una comissió de no-disponibilitat (un interès que s'aplica als diners no disposats pel client).

L'avantatge d'aquest contracte és que el client pot ingressar diners en el compte corrent, i amortitzar així la quantitat deguda en aquell moment, amb la qual cosa paga menys interessos. Aquest contracte permet més flexibilitat al client, però és més insegur per al banc, que en comptes de cobrar periòdicament, com és usual en el préstec, ha d'esperar fins al final del termini (normalment semestral o anual) pactat per a veure satisfeta la

seva posició creditora. Per això els crèdits només es concedeixen a clients de confiança, i són més cars que el préstec (normalment, l'interès és un punt o punt i mig més alt).

Quan la quantia del préstec o crèdit sol·licitat és molt gran, i implicaria un gran risc per a assumir-lo una sola entitat de crèdit (o excediria del risc que es permet assumir amb un sol client), es pot fer un "préstec o crèdit sindicat". En aquest són diverses les entitats creditores, que formen l'anomenat "sindicat". Amb això es diversifica el risc, en suportar-lo diversos bancs, i al client li evita haver d'acudir a diverses entitats, i la subscripció de contractes en condicions diferents amb cada una. Al seu torn les entitats de crèdit participants poden cedir la seva posició creditora a una altra entitat, o permetre a una altra entitat que suporti part del seu risc.

Pel que fa a l'alta litigiositat provocada en l'àmbit dels préstecs i crèdits bancaris pels interessos variables, les diverses fórmules de variació i els derivats que busquen limitar els efectes adversos de les variacions, vegeu el que s'ha dit en l'epígraf 2.2 d'aquests materials.

8.3.2. Crèdits documentaris

El "crèdit documentari" és un contracte en virtut del qual el banc, per ordre del seu client, s'obliga a pagar a un tercer una quantitat a canvi del lliurament, per part d'aquest tercer, d'una sèrie de documents. Ha estat molt utilitzat en compravendes internacionals, en les quals el banc del comprador satisfà al venedor el preu de la venda, a canvi dels documents d'aquesta. D'aquesta manera el venedor té la seguretat que se li pagarà, ja que és un banc el que està obligat. A més, la relació tercer-banc és abstracta, independent de la relació del tercer amb el client (independent, per tant, de la compravenda o del negoci existent entre ells), amb la qual cosa la seguretat és encara major.

Cal destacar que hi ha unes regles i usos uniformes sobre crèdits documentaris que, encara que no constitueixen dret positiu de cap país, són, tanmateix, acceptades com a règim aplicable en la immensa majoria dels contractes d'aquest tipus. L'última versió és del 2007.

Normalment els documents que el tercer ha de lliurar al banc per a cobrar són el document del transport (carta de port, taló de ferrocarril, coneixement d'embarcament), la factura comercial de la venda i la pòlissa d'assegurança del bé venut (que cobreix els deterioraments en el transport). Al costat d'aquests n'hi pot haver molts d'altres: certificat d'origen, factura consular, etc. El banc que paga al venedor té obligació de comprovar que hi són tots els documents, i que almenys formalment no presenten cap defecte.

8.3.3. Descompte

1) Concepte i funcions

Hi ha un consens doctrinal i jurisprudencial en conceptuar el descompte com l'avançament per part del banc d'un crèdit no vençut, amb la deducció prèvia d'un interès, amb la cessió del crèdit a l'entitat si no hi ha un bon final. S'anomena contracte de "descompte" perquè l'entitat de crèdit en avançar "descompta" l'interès, de manera que el client rep una quantitat menor que la del crèdit que cedeix. Aquest descompte és procedent perquè el banc avança

el pagament al client d'un crèdit no vençut i, per tractar-se de l'aplicació d'un interès, la quantia final del descompte varia en funció del temps que falta fins al venciment.

La lògica econòmica del descompte és evident. Per al client descomptatari representa rebre de manera anticipada una part important d'un crèdit, sense haver d'esperar-ne al venciment; d'aquesta manera obté liquiditat, i podrà reinvertir aquests diners. En el seu càlcul, prefereix obtenir ara una part del crèdit i esperar al venciment per a cobrar-lo completament. Per a l'entitat de crèdit descomptant es tracta de la seva tasca típica d'inversió, i paga ara una quantitat en compensació d'un crèdit pel qual obtindrà després, al cobrament, un import major; i amb la "garantia" de la responsabilitat afegida del descomptatari si el deutor cedit impaga. A més, el banc pot, al seu torn, "redescomptar" el crèdit descomptat, si necessita liquiditat, amb la qual cosa pot desfer la seva posició en cas necessari. Òbviament, el tipus d'interès aplicat pel banc és el que converteix l'operació en atractiva, ja que si resulta massa alt desincentivaria totalment el descompte.

El contracte comporta la cessió del crèdit al banc, segons les regles pròpies del crèdit per al traspàs esmentat: com a regla general, la cessió de crèdits dels articles 1526 a 1536 CC, o 347 i 348 CCo, amb comunicació de l'esmentada cessió al deutor, perquè aquest sàpiga que ha de pagar el nou creditor; en el cas de crèdits instrumentats en títols a l'ordre, endós d'aquests al descomptant; etc. Un element igualment important és la clàusula "amb les reserves acostumades": vol dir que, si el banc descomptant no obté el pagament del crèdit, al seu venciment, del deutor original, podrà reclamar del client descomptatari el pagament del crèdit esmentat. D'aquesta manera l'entitat de crèdit podrà optar, en aquest cas d'impagament, per reclamar a un o a un altre l'import total: al deutor, perquè aquella és la cessionària del crèdit; al descomptatari, perquè així ho ha pactat amb ell en contractar el descompte.

Aquesta característica no és essencial en el contracte, i es pot pactar l'anomenat "descompte sense recurs", en el qual l'avançament és definitiu, i el descomptatari no respon del pagament del deute cedit. Lògicament, en aquest cas l'interès aplicat sol ser major, ja que és major el risc assumit per l'entitat de crèdit.

En la pràctica resulta inusual que el client descompti un crèdit concret o únic. El més comú és que es tracti d'un comerciant o empresari que ven a crèdit i, per a obtenir de manera anticipada l'import de tals vendes, pacta amb una entitat de crèdit el descompte de totes les factures o cobraments pendents. En aquests casos, es pacta un "contracte marc" que regirà el descompte de cada una de les factures, títols, etc., en el qual s'estableix el tipus d'interès per aplicar, el límit de quantitat que s'anticiparà en termes globals, la classe de crèdits que es poden descomptar, etc. Posteriorment, cada vegada que el client vulgui descomptar crèdits concrets lliurarà un document, que se sol denominar "remesa d'efectes", en el qual detalla els crèdits cedits, i acompanya les factures justificatives o els títols valors en els quals es documenten, en el seu cas. L'entitat de crèdit avança aquests crèdits, si ho considera adequat, i abona les quantitats en el compte designat pel client.

Normalment se sol fixar un límit màxim de diners per anticipar per part del banc. En aquesta lògica, la quantia del que és anticipat va incrementant-se així que es descompten crèdits; i va disminuint així que els crèdits descomptats es van cobrant. D'aquesta manera, és com si el banc assumís un risc limitat, ja que no n'anticipa més del màxim pactat. Però de fet l'import global anticipat en un període (un any, per exemple) és molt superior al

màxim fixat, ja que així que va disminuint el risc per cobrar els crèdits cedits, es poden anar descomptant nous crèdits.

2) Obligació de diligència del descomptant. Perjudici o prescripció d'efectes descomptats i exercici de l'acció causal

L'entitat de crèdit descomptant no és un mandatari o comissionista del client descomptatari, ja que adquireix el crèdit en propietat i el cobra per compte propi. Però, tanmateix, ja que el pot deure de nou al seu client si el crèdit és impagat, té una obligació de diligència en el cobrament del crèdit esmentat. Aquesta obligació li imposa fer els actes precisos per a obtenir el pagament voluntari (intentar el pagament voluntari arribat el venciment, segons les regles pròpies del crèdit); i si hi ha impagament, ha de conservar totes les accions de reclamació possibles (per exemple, en el cas d'efectes canviaris presentar el títol al venciment, i protestar per impagament). D'aquesta manera, si després cobra al descomptatari li tornarà el crèdit esmentat amb totes les possibilitats de cobrament.

Partint d'aquest criteri, la jurisprudència reiteradament ha declarat aplicable a aquests supòsits l'article 1170 CC, en el sentit que, si l'entitat de crèdit descomptant deixa culposament perjudicar el títol o prescriure'l, ja no podrà exercitar l'acció causal. En tals supòsits –es raona–, si pogués reclamar el descomptatari mitjançant l'acció causal de descompte, li tornaria un títol que ja no és "cobrable" (o, almenys, un títol menys fàcilment cobrable que el que es va entregar a l'entitat en descomptat-lo). La pèrdua culposa de l'acció canviària no pot permetre que el banc acudeixi, llavors, a l'acció extracanviària i torni un títol de condició pitjor que el que li va ser lliurat. Vegeu STS de 30 d'abril de 2003, de 25 de novembre de 2004, de 29 de setembre de 2008 o de 20 de maig de 2009. D'acord amb aquest criteri, si el banc no va avisar el descomptatari de l'impagament i va deixar prescriure l'acció canviària, ja no podria exercitar la causal; però si va avisar el descomptatari, segons el Tribunal Suprem, és aquest qui té la càrrega de pagar el títol i recuperar-lo abans que prescriguin les accions canviàries.

8.4. Operacions bancàries passives

8.4.1. Caracterització, classes i marc normatiu

La captació de passiu mitjançant dipòsits dels clients és una operació bancària "clàssica", ja que precisament l'entitat de crèdit es dedica, després, a deixar això que ha rebut. Malgrat les varietats de dipòsits que es practiquen avui dia, hi ha uns trets característics comuns a tots, que es poden sintetitzar en la descripció següent: es tracta de negocis en els quals el client bancari lliura uns diners a l'entitat de crèdit, que l'adquireix i el fa seu per a destinar-lo a les seves operacions actives, i l'esmentat client té un dret de restitució del *tantundem*, bé en qualsevol moment (dipòsits "a la vista"), bé en un termini pactat (dipòsits

"a termini"). En compensació d'aquest lliurament, normalment l'entitat retribueix el client amb el pagament d'un interès, o li ofereix la possibilitat d'ús del servei de caixa.

Aquest tipus d'operacions resulta avantatjós per a totes dues parts. Al client li proporciona totes o alguna de les utilitats següents: li evita haver de custodiar els seus diners, li permet guanyar un interès, i en els dipòsits a la vista a més li proporciona tot el ventall de possibilitats del servei de caixa. A l'entitat de crèdit, en canvi, li proporciona els fons que després podrà prestar a un interès molt superior a aquell amb què retribueix el deponent, de manera que en la diferència entre totes dues retribucions (l'anomenat "marge d'intermediació") es troba el guany del banc. Però, en definitiva, a part de la utilitat concreta reportada al client o al banc, és tot el sistema financer el que pot funcionar d'acord amb aquest passiu captat pel banc, que finança les operacions dels subjectes deficitaris.

Hi ha una diferència fonamental entre totes dues maneres d'instrumentar aquests "dipòsits", en funció del moment en què el client pot sol·licitar el lliurament parcial o total del *tantundem*. En els dipòsits "a la vista", tal sol·licitud es pot fer en qualsevol moment, i a més pot retirar tota la quantitat lliurada o només part d'aquesta; per a permetre aquesta disponibilitat de maneres molt diferents, el dipòsit sol estar associat a un contracte de compte corrent. En els dipòsits "a termini" (també anomenats, en l'argot bancari, "imposicions"), en canvi, hi ha un termini fixat de durada, de manera que el client no pot retirar abans els diners, ni el banc alliberar-los anticipadament. La restitució de la quantitat es fa d'una sola vegada arribat el termini pactat, de manera que no es vincula el dipòsit amb un compte corrent, ni s'ofereix servei de caixa.

L'interès pagat pel banc en els dipòsits a la vista sol ser mínim, precisament perquè, com que ha de tenir aquestes quantitats a disposició del client a tota hora, no les pot invertir a llarg termini (encara que, en realitat, segons un càlcul estadístic, només reté una quantitat molt petita de tots els diners que ha rebut "a la vista"); a més, el servei de caixa mitjançant el compte corrent associat al dipòsit implica uns costos estructurals que justifiquen aquesta retribució menor per la via de l'interès. L'interès pagat per l'entitat de crèdit en els dipòsits a termini és més elevat, perquè sí que pot invertir aquests fons a mitjà termini i obtenir així més rendibilitat; i sens dubte perquè si no l'operació no seria atractiva per al client. De totes maneres, actualment la retribució dels dipòsits a termini fix també és molt baixa i molt inferior al que era usual en altres èpoques de major bonança econòmica. De vegades, la retribució pactada per al client no consisteix en un interès ja prefixat, sinó en la mitjana de la variació de certs índexs financers (cotitzacions de certes entitats, índexs borsaris, etc.), i a aquests dipòsits se'ls sol denominar "dipòsits estructurats" o "productes estructurats".

Un aspecte regulat normativament és el relatiu als fons de garantia de dipòsits. Per a donar més seguretat i estabilitat al sistema financer, des d'antic es va plantejar l'exigència de constituir un fons per part de totes les entitats amb el qual es pugui tornar als clients una quantitat mínima en el supòsit d'insolvència del seu dipositari. Actualment aquest fons es troba regulat en el Reial decret llei 16/2011, de 14 d'octubre. Aquest garanteix al client la devolució del saldo fins a una quantia màxima de 100.000 € en els casos d'insolvència de l'entitat de crèdit. Per la resta de la quantia ingressada pel client, en el seu cas, aquest es presentaria al concurs de l'entitat com un creditor més.

8.4.2. Naturalesa jurídica

Com s'aprecia, l'ús del terme *dipòsit* per a aquestes operacions resulta totalment impropri. És obvi que el banc no solament no "guarda" els diners, sinó que a més se suposa que els utilitzarà per a deixar-los a altres clients (aquesta és la seva funció caracteritzadora). A més, els diners del client es fan de titularitat de l'entitat de crèdit, i el client adquireix a canvi un dret a la restitució de la mateixa quantitat. Per això la doctrina majoritària coincideix a assenyalar que no ens trobem al davant d'un dipòsit verdader; i, igualment, diferencia la naturalesa jurídica dels dipòsits a la vista i dels dipòsits a termini. En aquests és fàcil assimilar la figura a un contracte de préstec (el client lliura uns diners, i el banc es compromet a tornar-los en un termini més un interès). En els dipòsits a la vista hi ha elements de mandat (el banc compleix ordres de pagament del client), i en alguns casos de préstec. Més que la custòdia dels diners, es busca obtenir el servei de caixa i la possibilitat de disposar dels fons de diferents maneres, i també de fer ingressos que incrementin el saldo existent.

Aquesta qüestió de la naturalesa jurídica no és purament teòrica, un simple "divertiment" per als científics del dret, sinó que respon a una necessitat pràctica important. En efecte, si considerem que aquests dipòsits són dipòsits veritables, seria aplicable el mandat de l'article 1200 CC, segons el qual els deutes provinents del dipòsit no es poden compensar. D'acord amb això, les entitats de crèdit no podrien compensar saldos positius de dipòsits bancaris amb altres deutes del client davant el banc mateix. L'actitud majoritària en la doctrina i jurisprudència (en aquest sentit, STS 19 setembre 1987 o 10 gener 1991) és que no ens trobem davant de dipòsits veritables, i el banc pot compensar.

8.4.3. Pignoració de saldos bancaris

A part que els dipòsits de diners permeten que les entitats de crèdit compleixin la seva funció d'intermediació indirecta en el crèdit, assoleixen enorme rellevància perquè molt normalment són utilitzats com a garantia del pagament de deutes. Molt freqüentment l'empresa que demana diners prestats té comptes amb saldos positius, i el que fa és "pignorar" aquests saldos, de manera que, si no torna el que li han prestat, el banc se'n podria rescabalar cobrant la quantia corresponent dels dipòsits del client. L'execució de la penyora es converteix, simplement en un càrrec en el compte del client, amb què el banc pren els diners corresponents.

La naturalesa jurídica d'aquesta penyora singular ha estat molt discutida en la doctrina. La postura majoritària actualment, almenys entre els mercantilistes, és la que considera que ens trobem davant d'una penyora de crèdits: el pignorat és el crèdit de restitució del dipositant. La jurisprudència ha acabat reconeixent sense problemes la validesa de la pignoració de saldos bancaris ja des de la STS 19 setembre 1987, doctrina que ha reiterat i ha estat desenvolupada en les STS 19 abril 1997, 7 octubre 1997 i 25 juny 2001.

8.5. Operacions bancàries neutres

8.5.1. Concepte i caracterització general

Tradicionalment, les operacions neutres eren considerades gairebé com una cosa aliena a l'activitat bancària, un complement articulats per a oferir al client un servei complet. L'activitat bancària pròpia es considerava la intermediació en el crèdit, la recepció de diners mitjançant dipòsits per a deixar-los després en les operacions actives, i obtenir el guany pel marge d'intermediació. Tanmateix, des de mitjan anys vuitanta, aquest marge s'ha anat estrenyent cada vegada més, a causa de la liberalització dels tipus, de la competència ferotge entre productes de les diferents entitats, i també per la tendència a la baixa del preu dels diners. Això ha provocat que les entitats de crèdit hagin parat atenció envers les operacions neutres com a manera d'obtenir uns guanys que ja no s'aconsegueixen en les operacions actives i passives.

En les operacions neutres el banc no fa una activitat creditícia, sinó que presta un servei diferent, com a comissionista, dipositari, administrador o simple gestor de comptes. Són necessàries perquè el client obtingui un servei complet, i també perquè la banca pugui fer qualsevol tipus d'operació (principi de "banca universal") amb què pugui obtenir guanys.

De tota manera, hi ha operacions que poden ser operacions actives o neutres en funció de la seva modalitat. Així ocorre amb les targetes bancàries, operacions neutres en les targetes de dèbit, de compra i de caixer, i operacions actives en les targetes de crèdit. També succeeix amb el crèdit documentari, que és una simple intermediació en el pagament si el banc paga amb fons de l'ordenant; en canvi, es converteix en crèdit verdader, i operació activa, si el banc anticipa els fons i després els reclama a l'ordenant.

8.5.2. Transferències bancàries

La transferència bancària és una operació mitjançant la qual un client bancari disposa d'una quantitat de diners dipositada en el seu compte, i ordena al seu banc que la ingressi simultàniament en un altre compte, del mateix client o d'un tercer, en el mateix o un altre banc. S'integra com un més dels serveis components del servei de caixa, de manera que el client pot disposar dels seus diners mitjançant xecs, pagaments amb targetes o, com en aquest cas, ordres de transferència.

Normalment es distingeix entre transferències internes i externes. Les primeres són les que es fan entre comptes d'una mateixa entitat bancària, per la qual cosa l'operació resulta summament senzilla (quan són comptes del mateix client es parla, en l'argot bancari, de "traspàs"). En canvi, en les transferències externes el compte en el qual s'abona la quantitat és d'un banc diferent del banc de l'ordenant, per la qual cosa hi ha dues entitats bancàries implicades. Al seu torn, les externes poden ser nacionals o transfrontereres. Les nacionals se solen denominar usualment "transferències directes", ja que es fan utilitzant un sistema de compensació electrònica que permet un càrrec i abonament

gairebé simultanis, ràpids i segurs. En canvi, la transferència transfronterera és indirecta, perquè sol intervenir un tercer banc, normalment el banc central del país del client ordenant.

Les transferències en les quals els bancs d'ordenant i beneficiari són de diferents països tenen, lògicament, una complexitat molt més gran. Precisament com a model per a regular-les es va aprovar la Llei model d'UNCITRAL sobre les transferències internacionals de crèdit, de 15 de maig de 1992. Al si de la Unió Europea, per a regular i agilitar els pagaments mitjançant transferències transfrontereres intracomunitàries, s'han dictat diverses normes, l'última de les quals és la Directiva (UE) 2015/2366, que ha estat traslladada a Espanya mitjançant el Reial decret llei 19/2018 abans citat. Per als països de l'Espai Econòmic Europeu, Suïssa i Mònaco hi ha una àrea de pagament única (la SEPA, *Single Euro Payment Area*) per a facilitar la gestió i abaratir els costos de les transferències entre els residents en aquests països.

Una de les característiques essencials de la transferència és la seva autonomia respecte de la relació subjacent existent entre ordenant i beneficiari (quan aquests són persones diferents, que és el més comú). Això vol dir que l'ordre de transferència rebuda pel banc és independent de les vicissituds de la relació subjacent al·ludida. Si, per exemple, el banc que rep l'ordre de transferència l'ha efectuada, l'ordenant no podria revocar l'operació al·legant que l'operació subjacent es va frustrar; l'entitat bancària ha complert el seu encàrrec, té el dret de la seva comissió, i serà l'ordenant el que hagi de reclamar al beneficiari, en el seu cas, el cobrament del que és indegut o l'enriquiment injust. El banc desconeix les raons per les quals s'efectua la transferència que, a més, per a aquest són totalment irrelevantes. El Tribunal Suprem ha fet ressaltar aquesta característica en la seva STS 10 abril 1995.

8.5.3. Contractes de "custòdia" de béns. Dipòsits tancats. Dipòsits administrats

Tradicionalment, els bancs prestaven un servei de custòdia, amb els anomenats "dipòsits tancats", de continents tancats, segellats i lacrats, que eren lliurats a l'entitat perquè els guardés. El banc desconeixia el contingut, i es limitava a guardar el recipient amb els béns integrats secrets. Aquest contracte era un dipòsit típic, caracteritzat per l'obligació de custòdia, i en fa esment l'article 310 CCo. Avui dia aquests dipòsits estan en desús total, i han estat suplantats pel sistema de lloguer de caixes de seguretat.

Una altra de les modalitats de custòdia típica dels bancs ha estat sempre el dipòsit i administració de títols valors. Sobretot antigament, quan les accions eren títols físics que havien de ser manipulats per a exercir els drets inherents (tallar i presentar els cupons), els particulars titulars d'accions no les guardaven ells mateixos, atesos els problemes de custòdia i de diligència en l'administració. Encarregaven típicament a les entitats de crèdit aquesta guarda dels títols, i també l'exercici dels drets inherents en nom i per compte del soci deponent. Es parlava, així, de "dipòsit administrat" o "dipòsit obert", ja que el banc no solament guardava el títol, sinó que a més es comprometia a estar al corrent de les dates d'exercici dels drets per a executar-los per compte del soci o comunicar-li la situació, segons el tipus de dret. Avui dia, tanmateix,

el fet que els títols accions ja no siguin, majoritàriament, títols físics (almenys, tots els títols que cotitzen, que són precisament els que són dispersos entre el públic), fa que no calgui custòdia material ni tampoc la manipulació.

Actualment els títols es representen mitjançant anotacions en compte, i és l'entitat encarregada del registre comptable la que efectua les tasques pròpies d'exercici dels drets per compte del titular. La custòdia i administració d'instruments financers per compte dels clients constitueix un "servei auxiliar" dels serveis d'inversió (art. 141.a LMV), que només pot ser realitzat per entitats expressament autoritzades i inscrites per a realitzar aquesta tasca (arts. 143 i 145 LMV). Si bé les entitats de crèdit poden realitzar aquesta tasca, el més comú és que no ho facin directament.

8.5.4. Caixes de seguretat

Com s'acaba d'assenyalar, els dipòsits tancats han estat rellevats per l'ús de caixes de seguretat. En aquests negocis el client contracta amb el banc el lloguer d'una caixa que, al seu torn, s'integra dins d'un espai comú de caixes de seguretat custodiat per sistemes sofisticats. L'essencial és que només el client coneix què es guarda a la caixa, ja que ell és qui fa l'ingrés o retirada dels objectes.

La discussió "clàssica" en aquesta matèria és la relativa a la naturalesa jurídica del negoci. Si exacerbem l'element de guarda i custòdia de les caixes podríem pensar que ens trobem, bàsicament, davant d'un dipòsit (arts. 1758-1780 CC), amb certs matisos derivats de l'operativa ordinària; si, en canvi, considerem que el client el que fa és pagar per l'ús d'una caixa, d'una part del soterrani de l'entitat, ens trobarem davant d'un contracte d'arrendament de cosa (arts. 1546-1574 CC).

Les obligacions del banc, lògicament, difereixen bastant quant a la diligència exigible si considerem que és un dipositari o un simple arrendatari. En general, la doctrina espanyola sembla que es decanta actualment per considerar que som davant d'un contracte mixt, amb una causa única en la qual es fusionen la causa del dipòsit i la de cessió d'ús. En tot cas, s'ha de tenir en compte que, a part de l'obligació de guarda derivada d'aquesta causa única mixta, hi ha tota una sèrie de normativa jurídicopública sobre les mesures de seguretat que han de prendre els bancs que aconseguen el mateix resultat (*vid.* especialment, art. 26 Llei orgànica 4/2015, de 30 d'abril, de protecció de la seguretat ciutadana).

Des del punt de vista jurídic, la qüestió més important en aquesta matèria és la relativa a la responsabilitat de l'entitat de crèdit en els supòsits de furt o robatori dels continguts de les caixes. En primer lloc, lògicament l'usuari ha de provar els furtos o robatoris esmentats (i això serà fàcil si totes han estat obertes o han estat forçades). Acreditada la sostracció, amb diferents fonaments la doctrina i la jurisprudència conclouen que el banc no respon dels supòsits de cas fortuït o força major, bé per aplicació de les regles del dipòsit, bé per aplicació de les regles generals de les obligacions i contractes. Això sí, li correspondrà demostrar que tenia els sistemes de seguretat exigibles i en perfecte funcionament (pel que fa a això, per exemple, l'atracament és un cas fortuït, però si les alarmes instal·lades no funcionen i, per tant, no hi ha cap remei davant de tal atracament, respondria el banc). En tercer lloc, perquè el client pugui reclamar l'import del que, suposadament, hi havia a la seva caixa, haurà d'acreditar, precisament, què hi havia, i que això hi era. I és lògic que aquesta

prova li correspongui a ell, ja que només ell podia manipular el contingut, i el secret consubstancial a aquests contractes així l'implica. No obstant això, la sorprenent STS de 4 de novembre de 2008 va aplicar el criteri de l'art. 1769.3 CC, d'acord amb el qual l'afirmació del client és suficient i l'entitat de crèdit hauria d'aportar indicis que destrueixin aquesta afirmació. A la pràctica, les dificultats de prova s'intenten esbiaixar pactant en el contracte que, en cas de sostracció, l'entitat satisfarà una quantitat màxima pactada o que el client no podrà ingressar objectes que excedeixen d'un valor total concret. Si aquestes clàusules fossin "no negociades individualment" amb consumidors, es podria plantejar el seu possible caràcter "abusiu" (ja que s'"imposa" al client no recuperar un valor real, sinó un valor limitat o prefixat). D'altra banda, és molt comú que en aquests contractes, a més, el client contracti una assegurança (que aquesta sí que tindrà una suma assegurada concreta i fixarà les formes d'acreditació del valor del perdut), que respondria fins al límit fixat de possibles sostraccions.

8.5.5. Mediació en l'emissió de valors i assessorament d'inversió

Atesa la seva posició particular, els bancs poden operar com a mediadors òptims entre els empresaris que volen col·locar bons en el mercat i els inversors que busquen títols d'alta rendibilitat. S'anomena "mercat primari" aquell en el qual s'emeten els valors i els "subscriuen" (els adquireixen per primera vegada) els inversors. Es produeix, normalment, quan una empresa emet accions per augmentar el seu capital, o emet obligacions per aconseguir finançament. Pot ser que aquesta emissió la subscriuguin directament persones concretes, però el més normal és llançar-la com una "oferta pública de subscripció" (OPS), de manera que es dona un termini perquè qualsevol interessat pugui subscriure el nombre de valors que desitgi. Aquesta oferta ha de complir uns requisits fixats legalment, i està supervisada per la CNMV.

De vegades no es fa l'OPS perquè, per exemple, l'ampliació de capital la subscriuen totalment tots els socis, que exerciten el seu dret de subscripció preferent; o perquè l'emissió es fa perquè entri un inversor concret com a soci, i per això se suprimeix el dret de subscripció preferent dels socis.

Normalment, per a col·locar els valors els emissors contracten mediadors financers (societats i agències de valors, entitats de crèdit, etc.) que trobin els subscriptors possibles i en gestionin la subscripció. Aquests contractes, que engloben diverses modalitats, se solen denominar "de direcció, col·locació, o coordinació d'emissions de valors". El mediador es pot comprometre a col·locar tots els valors, que tots se subscriuguin; en tal cas la col·locació està "assegurada".

Normalment els mediadors que actuen són diversos, i un d'ells dirigirà i coordinarà els altres. Sovint, a més, el director de l'operació haurà fet estudis de mercat per a saber quin tipus de valors convé emetre, o haurà fet les gestions necessàries per a efectuar l'emissió.

L'assegurament de la col·locació el pot arrostrar el mediador, bé perquè subscriurà els valors per als quals no trobi subscriptor, bé perquè els col·locarà en els fons d'inversió que, de manera indirecta, sol gestionar.

Sovint l'emissor de valors demanarà a una empresa especialitzada que n'estudiï la solvència i doni la seva opinió pública sobre el nivell de fiabilitat de la inversió (això és, de la seguretat que els diners pagats per les obligacions, per exemple, i els seus interessos, seran fets efectius al venciment). Aquesta operació s'anomena "qualificació de l'emissió" i les entitats que les duen a terme, "entitats de ràting" (com Moody's o Standard&Poors). D'aquesta manera l'inversor té el criteri d'una empresa especialitzada i pot confiar que la inversió és segura.

Últimament, i com a part d'una "atenció integral al client", les entitats de crèdit han actuat com a assessores en la inversió en instruments financers de tipus molt divers (participacions preferents, accions, bons i obligacions, participacions en fons d'inversió, etc.), activitat que constitueix un "servei d'inversió" que pot ser realitzat, amb certs requisits, per les entitats de crèdit (art. 140.f LMV). Com que aquesta actuació afecta els "instruments financers", es regeix per tota la normativa del mercat de valors, que obliga a "conèixer el client" i a sotmetre'l a una sèrie de tests per a determinar quins són els seus coneixements financers i les seves preferències d'inversió i, així, assessorar-lo només sobre productes que siguin idonis per al seu perfil inversor (vegeu art. 202 i seg. LMV, que diferencien entre "clients minoristes" i "clients professionals", i específicament l'art. 213 LMV sobre l'"avaluació de la idoneïtat" per a realitzar el servei d'assessorament en matèria d'inversions. Totes aquestes regles suposen la concreció del paquet de regulació comunitària denominat MiFID).

Resum

És comú que consumidors i empresaris necessitin diners per a fer despeses o inversions, diners dels quals no disposen ara, però que consideren que podran tornar més endavant, en el moment pactat, amb els ingressos que generin mentrestant. Aquest finançament es pot aconseguir o bé acudint al mercat de crèdit (normalment, finançament bancari), o bé acudint al mercat de valors i emetent títols pels quals s'obtenen diners immediats amb el compromís de reemborsar-los en el futur, amb un interès.

Dins del mercat de crèdit, la manera normal d'obtenir finançament és demanar un préstec o crèdit. El concepte de préstec o mutu està contingut en el Codi civil, i hi ha les regulacions del préstec civil (la bàsica), del préstec mercantil (amb algunes especialitats no gaire rellevants), del préstec bancari (en el qual, al costat del préstec, s'opera sovint mitjançant crèdits, i quan la quantia és molt gran solen actuar com a prestadors un conjunt de bancs concertats entre si), del préstec al consumidor (amb especialitats molt rellevants quant a la necessitat d'informar de la TAE, de l'oposabilitat al finançador –en certs casos– de les mateixes raons de pagament que es tenen davant el venedor o prestador del servei, o del límit de tipus d'interès en els crèdits concedits mitjançant descoberts) i dels préstecs hipotecaris.

Sovint la devolució del préstec es garanteix mitjançant el compromís d'un tercer que satisfarà l'import si no ho fa el deutor (garantia personal). La garantia personal bàsica és la fiança, caracteritzada per l'accessorietat: el fiador respon del mateix que respon el deutor. Però al costat d'aquesta hi ha altres figures de garantia diferents: la que assumeix un garant de pagar, amb independència del que ocorre en la relació interna deutor-creditor (garantia independent), o la que assumeix la societat mare en certs casos de préstecs a les seves filials (cartes de patrocini).

En aquest mercat de crèdit tenen importància especial les entitats de crèdit (bancs, caixes d'estalvi i cooperatives de crèdit), que reben diners dels estalviadors en forma de dipòsits, i en deixen als subjectes deficitaris. A més, tenen una tasca molt important, ja que intervenen en els pagaments, mitjançant les operacions que es fan en comptes corrents, o permetent el pagament mitjançant targetes de crèdit o mitjançant crèdits documentaris.

Activitats

1. Busqueu en la premsa econòmica els diferents *rànquings* de bancs, caixes d'estalvi i cooperatives de crèdit, normalment ordenats en funció de l'import total de dipòsits i de crèdits obtinguts i concedits per cada un, i valoreu quant diner real hi ha emès i quant diner fiduciari circula.
2. Busqueu en Internet informació sobre l'anomenat "cas Opening", i valoreu alguna de les sentències o dictàmens emesos.
3. Llegiu les STS 17 març 1999, 20 novembre 1999 (RJ 1999/8615) i 16 maig 2000 (RJ 2000/5082), sobre lísing al venedor com a forma d'encobrir préstecs garantits amb pacte comissori.
4. Llegiu les STS 16 desembre 1985 (RJ 1985/6442) i 13 febrer 2007 (RJ 2007/684), sobre cartes de patrocini febles, i la STS 30 juny 2005 (RJ 2005, 5089), sobre cartes de patrocini fortes.
5. Llegiu les STS 27 febrer 1984 (RJ1984/813) i 7 juliol 1992 (RJ 1992/6188), sobre comptes corrents indiferents i mort d'un dels cotitulars. Vegeu també el llibre de José María Muñoz Planas; José María Muñoz Paredes (2003). *Comptes bancaris amb diversos titulars* (2a. ed.). Madrid: Civitas, i els diferents supòsits problemàtics que plantegen els comptes indiferents.
6. Acudiu a la web del Servei de Reclamacions del Banc d'Espanya (www.bde.es/webbde/es/secciones/servicio/reclama/reclama.html), i examineu clàusules bancàries problemàtiques i les valoracions sobre les del Servei.
7. Vegeu la Decisió de la Comissió Europea 2002/914/CE, de 24 de juliol, d'autorització singular dels acords de l'entitat Visa International, i les Resolucions del Tribunal de Defensa de la Competència d'11 abril de 2005, sobre l'autorització singular de dues xarxes de targetes bancàries.
8. Llegiu la STS 25 novembre 2004 (RJ 2004/1131), sobre diligència del banc descomptant en la presentació dels crèdits cedits.
9. Llegiu la STS 19 setembre 1987 (RJ 1987/6069), sobre la naturalesa jurídica del dipòsit bancari de diners i les seves conseqüències.

Exercicis d'autoavaluació

1. Un particular consulta al seu banc com pot invertir uns estalvis i, seguint el seu consell, adquireix obligacions d'una empresa (les obligacions les adquireix el banc en nom i per compte del client). Arribat el venciment, l'empresa cau en concurs i no fa front a la devolució del principal. Pot reclamar el particular al banc tal devolució?
2. Hem deixat diners a un empresari amic nostre per a la seva activitat, i vam establir verbalment que ens pagaria un 5% d'interès anual. Arribat el venciment pactat, no paga res. Se li podria reclamar interès?
3. En adquirir un vehicle, el venedor indica al comprador que el Banc X concedeix finançament per a l'adquisició, i el client acudeix al banc esmentat i obté finançament per a pagar la compra. En passar pocs dies el vehicle s'espantla per un defecte de fabricació, per la qual cosa finalment es resol el contracte de compravenda. Haurà de pagar el comprador el préstec al banc?
4. Un cop declarat el concurs de l'arrendatari d'un bé que en fa ús mitjançant un contracte de lísing, podrà l'empresa de lísing recuperar el bé?
5. Un fiador de fiança mercantil solidària podrà oposar al creditor les excepcions al pagament que podria oposar al deutor principal (per exemple, per haver-se resolt el contracte de què va néixer el deute)?
6. Les entitats de crèdit reparteixen els beneficis entre els seus socis?
7. En Joan i la Maria són nuvis i tenen un compte indiferent, en el qual ingressen les seves nòmines. Un cop trencada la seva relació sentimental, podrà retirar la Maria la meitat del saldo existent en el compte?; quant d'aquest saldo és seu?

8. El banc ha emès un crèdit documentari a favor d'un comerciant noruec per import de 20.000 euros. L'empresari espanyol ordenant del crèdit li ordena que no el pagui, per haver arribat la mercaderia en males condicions. Què ha de fer el banc?
9. S'han descomptat uns crèdits al banc i, arribat el seu venciment, el deutor dels crèdits descomptats no els satisfà. A qui podrà reclamar el banc?
10. L'Alicia tenia ingressada en una caixa de seguretat d'un banc les joies de la família, valorables en 300.000 euros. Totes les caixes de seguretat han estat robades, amb denúncia davant de la policia de la pèrdua soferta. Quant podrà reclamar Alicia al banc?

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

1. El particular no pot reclamar la devolució, ja que en el mercat de valors el mediador no respon de l'operació que s'ha fet. El particular sí que podria reclamar per una altra via, la de responsabilitat contractual per mal assessorament, si en el moment d'aconsejar l'adquisició el banc hauria d'haver sabut que l'empresa emissora dels títols estava en dificultats.
2. El préstec és mercantil, per la qual cosa no es poden exigir interessos remuneratoris (hauria calgut el pacte per escrit). Sí que es poden exigir interessos de demora, però només des del venciment i a l'interès legal.
3. Si el comprador fos consumidor i si es compleixen tots els requisits de l'article 29 LCC (entre els quals hi ha l'acord previ entre el banc i el venedor), sí que s'hi podrà oposar.
4. Podrà recuperar el bé si el contracte es va formalitzar en document que impliqui execució o es va inscriure en el Registre de Béns Mobles, si bé pot ser que durant un any aquesta facultat quedi en suspens (disp. adic. 1a. LVPBM i art. 56.1 LConcursal). Si no recupera el bé, per a cobrar el que es deu l'empresa de lísing és un creditor amb privilegi especial (art. 90.1.4 LConcursal).
5. Sí que les podrà oposar, *ex* article 1853 CC. Ni el fet de ser mercantil ni el de ser solidària no és rellevant en aquest cas. Seria diferent si es tractés d'una garantia independent.
6. Els bancs, sí. Les caixes d'estalvi, com a fundacions que són, ni tenen socis ni reparteixen beneficis: reinverteixen els beneficis en la seva obra social. Les cooperatives de crèdit no reparteixen beneficis, fan un "retorn cooperatiu" als socis en funció de la mesura en la qual han intervingut en l'activitat cooperativa.
7. Maria pot retirar tots els diners, ja que el banc s'ha obligat davant qualsevol dels dos a donar-los la quantitat que demanin. Una qüestió diferent és quants diners són seus: serà la que correspongui en funció dels ingressos i detraccions que aquesta va realitzar. Pel simple fet de l'obertura del compte, els diners no són de copropietat de tots dos.
8. El banc ha de satisfer el crèdit, ja que ja s'ha obligat davant el comerciant noruec. Serà, en el seu cas, l'empresari espanyol que haurà de reclamar el noruec perquè la mercaderia era de mala qualitat.
9. Els pot reclamar al deutor i al client descomptatari, que respon de l'impagament (llevat que s'hagi pactat un descompte "sense recurs").
10. Si no hi ha hagut negligència del banc en la custòdia de les caixes, aquest no respon. Alicia podrà reclamar l'entitat que assegura el contingut de les caixes si va fer un contracte d'assegurança (normalment es fa en tot contracte de caixa de seguretat), per l'import que hagi estipulat.

Glossari

anatocisme *m* Supòsit en el qual als interessos ja vençuts i no satisfets els apliquem el tipus d'interès.

carta de patrocini *f* Carta que envia una societat mare a l'entitat que està en via de concedir finançament a una filial d'aquella, amb la qual la mare es presenta com a tal i afirma la seva convicció que la filial satisfarà el crèdit, o fins i tot s'obliga d'alguna manera a pagar-lo ella si no ho fa la filial.

clàusula d'estabilització *f* Acord entre les parts pel qual s'estableix un referent segons el qual s'actualitzarà el valor dinerari pactat (per exemple, la quantitat prestada s'actualitzarà anualment segons l'increment o disminució de l'IPC).

comodat *m* Contracte mitjançant el qual una part, anomenada comodant, lliura a l'altra (comodatari) alguna cosa no fungible perquè l'usi durant un temps i la torni després.

crèdit documentari *m* Contracte mitjançant el qual el client d'una entitat de crèdit dóna ordre a aquesta de fer un pagament a un tercer, quan aquest tercer presenti els documents justificatius del compliment de l'obligació pactada entre client i tercer.

crèdit sindicat *m* Préstec o crèdit que, normalment pel seu gran import, és concedit per un grup d'entitats de crèdit que actuen de manera concertada com si fossin un únic prestador.

descompte bancari *m* Contracte mitjançant el qual una entitat de crèdit anticipa a un client un crèdit no vençut, descomptant-ne un percentatge, i sense assumir el risc d'impagament del deutor principal.

facturatge *m* Contracte mitjançant el qual l'empresa de facturatge s'ocupa del cobrament dels crèdits del client, amb la cessió prèvia, sense assumir el risc d'impagament del deutor, i amb la possibilitat d'anticipar al client l'import dels crèdits esmentats.

fiança *f* Contracte mitjançant el qual una persona, anomenada fiador, es compromet davant el creditor al pagament del deute del deutor principal en el cas que aquest no el faci, de manera que l'obligació del fiador segueix les vicissituds de l'obligació principal i es pot negar al pagament per les mateixes raons per les quals es podria oposar el deutor.

garantia autònoma o independent *f* Contracte mitjançant el qual una persona, anomenada garant, es compromet davant un creditor al pagament del deute d'un deutor principal quan el creditor reclami tal pagament, amb independència de les vicissituds de la relació de deute existent entre deutor i creditor.

interès *m* Quantitat afegida al principal d'un préstec que paga el prestatari, bé perquè el prestador obtingui un guany (interès remuneratori), bé per a compensar el prestador en els casos en què el prestatari es demori en la devolució (interès moratori).

lísing al venedor *m* Contracte mitjançant el qual el propietari d'un bé el ven a una empresa de lísing, i n'obté així el preu, i de manera simultània el lloga a l'empresa esmentada, satisfent els terminis pactats per a tal ús, i afegint una opció de compra del bé en finalitzar l'arrendament.

lísing *m* Contracte mitjançant el qual un usuari ordena a l'empresa de lísing que compri el bé al fabricant i després li'n permeti l'ús per un temps determinat i pagant una renda en els terminis acordats, amb el pacte que acabat l'arrendament l'usuari disposarà d'una opció de compra del bé.

préstec o mutu *m* Contracte mitjançant el qual una part, anomenada prestadora, lliura al prestatari diners o una altra cosa fungible, amb obligació de tornar l'equivalent de la mateixa espècie o qualitat.

targetes bancàries *f* Documents de plàstic que permeten que el seu titular efectui pagaments o operacions als caixers automàtics, amb el compromís de l'entitat de crèdit emissora de satisfer tals pagaments o operacions, amb el càrrec corresponent en el compte del titular de la targeta.

taxa anual equivalent (TAE) *f* Cost total d'un préstec o crèdit, incloent-hi tots els interessos, despeses i càrregues que assumeixi el prestatari.

usura *f* És usurari l'interès notablement superior al normal dels diners i manifestament desproporcionat amb les circumstàncies del cas; l'acceptat pel prestatari a causa de la seva

situació anguniosa, de la seva inexperiència o de la limitació de les seves facultats mentals; o aquell en el qual se suposa que s'ha rebut més quantitat que la que s'ha lliurat veritablement.

Bibliografia

Aguilar Ruiz, L. (2001). *La protección legal del consumidor de crédito*. València: Tirant lo Blanch.

Alonso Ureba, A.; Martínez-Simancas Sánchez, J. (dirs.) (1999). *Instituciones del Mercado Financiero*. Madrid: Sopec.

Carrasco Perera, Á. (2008). *Tratado de los derechos de garantía*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.

Cortés Domínguez, L. J.; Sala Andrés, A. (col.) (2004). *Lecciones de contratos y mercados financieros*. Madrid: Civitas.

Cuñat Edo, V.; Ballarín Hernández, R. (dirs.) (2002). *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*. Pamplona: Aranzadi.

Fernández-Arias Shelly, C.; Fernández-Arias Almagro, C. J. (2000). *El contrato de préstamo y crédito*. Madrid: Dijusa.

García de Enterría, J. (1996). *Contrato de factoring y cesión de créditos*. Madrid: Civitas.

García Villaverde, R. (dir.) (1999). *El contrato de factoring*. Madrid: McGraw-Hill.

González Castilla, F. (2002). *Leasing financiero mobiliario: contenido del contrato y atribución del riesgo en la práctica contractual y la jurisprudencia*. Madrid: Civitas.

Gutiérrez Gilsanz, A. (2003). *Defensa del usuario en el leasing financiero mobiliario*. Madrid: Edersa.

Prats Albentosa, L. (2001). *Préstamo de consumo, crédito al consumo*. València: Tirant lo Blanch.

Sabater Bayle, E. (1998). *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*. Pamplona: Aranzadi.

Sequeira, A.; Gadea, E.; Sacristán, F. (dirs.) (2007). *La contratación bancaria*. Madrid: Dykinson.

Valpuesta Gastaminza, E.; González Vázquez, J. C.; Llorente Gómez, C. i altres (2007). "Contratos del mercado de crédito (contratos bancarios)". A: J. M. de la Cuesta Rute (dir.); E. Valpuesta Gastaminza (coord.). *Contratos mercantiles* (vol. III, pàg. 77-340). Barcelona: Bosch.

Zunzunegui, F. (2005). *Derecho del mercado financiero*. Madrid: Marcial Pons.