
Contratos de financiación, de afianzamiento y bancarios

PID_00268212

Eduardo Valpuesta Gastaminza

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 4 horas





**Eduardo Valpuesta
Gastaminza**

Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad de Navarra.

La revisión de este recurso de aprendizaje UOC ha sido coordinada
por el profesor: Miquel Peguera Poch (2019)

Segunda edición: septiembre 2019
© Eduardo Valpuesta Gastaminza
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realización editorial: FUOC

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares de los derechos.

Índice

Introducción	5
Objetivos	6
1. Los contratos de financiación: concepto y función	7
2. El mutuo o préstamo	9
2.1. El mutuo simple y el préstamo mercantil: concepto, caracteres, elementos y efectos	9
2.2. El préstamo con interés	10
3. El contrato de crédito al consumo	15
4. Contratos de crédito inmobiliario	18
5. El contrato de <i>leasing</i>	20
5.1. Concepto, clases y figuras afines	20
5.2. Cláusulas más comunes en el contrato de <i>leasing</i>	21
6. El contrato de <i>factoring</i>	22
7. Garantías personales	24
7.1. La fianza	24
7.1.1. Concepto, estructura, constitución	24
7.1.2. Contenido de la fianza. Vicisitudes de la obligación afianzada	25
7.1.3. La cofianza. La subfianza. La contragarantía	26
7.1.4. Extinción de la fianza	27
7.2. Las garantías independientes o autónomas	27
7.2.1. Régimen legal	28
7.2.2. Contenido de la garantía	29
7.3. Las cartas de patrocinio	29
8. Contratos bancarios	32
8.1. El contrato de cuenta corriente bancaria	33
8.1.1. Concepto, funciones y naturaleza jurídica	33
8.1.2. Cuentas con varios titulares: mancomunadas e indistintas	34
8.2. Tarjetas bancarias	36
8.2.1. Concepto y clases	36
8.2.2. Relaciones contractuales existentes	37

8.2.3. Pérdida y sustracción	38
8.3. Operaciones bancarias activas	39
8.3.1. Préstamos y créditos	39
8.3.2. Créditos documentarios	39
8.3.3. Descuento	40
8.4. Operaciones bancarias pasivas	42
8.4.1. Caracterización, clases y marco normativo	42
8.4.2. Naturaleza jurídica	43
8.4.3. Pignoración de saldos bancarios	44
8.5. Operaciones bancarias neutras	44
8.5.1. Concepto y caracterización general	44
8.5.2. Transferencias bancarias	45
8.5.3. Contratos de "custodia" de bienes. Depósitos cerrados. Depósitos administrados	46
8.5.4. Cajas de seguridad	46
8.5.5. Mediación en la emisión de valores y asesoramiento de inversión	48
Resumen	50
Actividades	51
Ejercicios de autoevaluación	51
Solucionario	53
Glosario	54
Bibliografía	56

Introducción

Los contratos de financiación son una parte de los mecanismos de los que goza una empresa para obtener financiación, para obtener dinero de los ahorradores con el que sufragar sus inversiones y sus gastos, con la convicción de que obtendrá las ganancias suficientes de su actividad como para devolver ese dinero (y, normalmente, los intereses pactados) a su vencimiento. Esa financiación puede obtenerse, bien solicitando dinero prestado (contratos de préstamo y/o crédito), bien emitiendo títulos-valores que confieren a su titular el derecho a la devolución del principal más unos intereses. En esta lección se estudian los contratos que configuran esta primera opción.

Dentro de los contratos de financiación, las figuras clásicas son los préstamos y créditos. En el tema se tratan las figuras básicas del préstamo o mutuo regulados en los códigos decimonónicos (apartado 2), pero también la regulación específica del préstamo/crédito al consumo (apartado 3), así como las especialidades que tiene el préstamo/crédito cuando su devolución se garantiza con una hipoteca u otra garantía real (apartado 4) o cuando quien lo concede es una entidad de crédito (apartado 8.4.A). Pero además se estudian otras formas distintas de obtener financiación: ya sean formas de obtener el uso de un bien sin pagarlo al contado (contrato de *leasing*, apartado 5), ya sean formas de obtener la anticipación de sus derechos de crédito (contrato de *factoring*, apartado 6, contrato de descuento bancario, apartado 8.4.B). Además se estudia la manera que tienen las entidades de crédito de obtener dinero de los ahorradores (mediante depósitos de dinero, apartado 8.5), para prestarlo a los sujetos deficitarios (apartado 8.4).

En muchos casos estas operaciones precisan que un tercero distinto al deudor responda del pago si no lo hace tal deudor, y de ahí surgen los distintos tipos de garantías personales (apartado 7).

También se tratan otras operaciones bancarias caracterizadas por no suponer financiación, pero que sí constituyen prestaciones diversas de custodia o de intermediación en el pago (como la cuenta corriente, apartado 8.2; las tarjetas de débito y de compra, apartado 8.3; o la mayoría de los créditos documentarios, apartado 8.4.C). Estas "operaciones neutras" a menudo constituyen una ayuda importante para la actividad empresarial y de los consumidores, y aunque accesorias del ahorro/inversión son necesarias para la práctica diaria.

Objetivos

Los objetivos que debéis alcanzar a partir del estudio de este módulo son los siguientes:

1. Comprender cómo se financian consumidores y empresarios mediante los mercados de crédito y de valores.
2. Conocer los conceptos y regulación básica de las operaciones de préstamo/crédito, y de la obligación de intereses que llevan éstas aparejada en la mayoría de los casos.
3. Aprender la lógica económica del contrato de *leasing*, y por qué puede interesar a un empresario utilizar un bien mediante *leasing* en vez de adquirir dicho bien.
4. Conocer las distintas formas de obtener la anticipación de los créditos de los que sea titular una persona, mediante el *factoring* y el descuento bancario.
5. Manejar las formas básicas que tiene un tercero de obligarse al pago para cuando no lo haga el deudor, bien mediante garantías dependientes (fianza) o independientes, bien mediante cartas de patrocinio.
6. Distinguir las varias formas de intermediación de los bancos en la realización de pagos, por medio de las cuentas corrientes, tarjetas de débito y de compra, créditos documentarios, etc.
7. Conocer las figuras básicas del préstamo y del crédito bancarios, distinguiendo las diferencias entre ambas y la lógica económica de cada una de ellas.
8. Comprender la labor que desarrollan las entidades de crédito, recibiendo dinero de los ahorradores mediante depósitos, y prestándolo a los sujetos deficitarios por medio de préstamos y créditos.

1. Los contratos de financiación: concepto y función

Se denomina "mercado financiero" a aquel en el que empresas y consumidores obtienen financiación. Se trata del mercado en el que se relacionan y ponen de acuerdo las empresas y consumidores que precisan de financiación (normalmente denominados "sujetos deficitarios"), y los sujetos que pueden ahorrar y destinan su ahorro a la inversión (ahorrador/inversor o "sujeto excedentario"). Esa relación puede producirse de dos maneras, lo cual da lugar a dos tipos de mercados distintos.

En el mercado de crédito, los ahorradores/inversores entregan su dinero a los intermediarios financieros (entidades de crédito), normalmente mediante contratos de depósito (ved más adelante, apartado 8.4), y el intermediario a su vez financia a los sujetos deficitarios (empresarios o consumidores) mediante créditos, préstamos, tarjetas bancarias, descuento, etc. (ved más adelante, apartado 8.2 y 8.3). El intermediario celebra dos contratos independientes: con el ahorrador/inversor, de depósito; y con los sujetos deficitarios, de crédito o préstamo. Ahorrador y sujeto financiado no se ponen en contacto, y quien responde frente a cada uno de ellos de las obligaciones del contrato celebrado es la entidad de crédito.

En el mercado de valores, en cambio, el empresario que precisa financiación emite valores (títulos-valores de pago), que son suscritos por el ahorrador/inversor. Estos valores en realidad suponen un contrato de préstamo a favor del emisor, de forma que el ahorrador/inversor le presta un dinero a cambio de la devolución del mismo en un plazo y el pago de intereses en los plazos acordados. En este mercado los intermediarios financieros (empresas de servicios de inversión –ESI–, entidades de crédito) sólo ponen en contacto a las partes, pero no contratan personalmente con ellas. Es el ahorrador/inversor que suscribe el título quien adquiere derechos frente al emisor y viceversa, sin que el intermediario se interponga en esa relación. A su vez, para que el suscriptor del valor pueda deshacerse fácilmente de él sin tener que esperar a su vencimiento (para que pueda "liquidar" su inversión), se crean mercados en los que se pueden vender y comprar los valores ya suscritos (el más conocido de ellos es el mercado bursátil).

Ejemplo

Otra forma de financiación en este mercado es que la empresa emita acciones o participaciones nuevas, ampliando su capital, para que el ahorrador/inversor los adquiera y pague su precio como aportación al capital. En este caso el inversor ya no se convierte en acreedor titular de obligaciones, sino en socio, con la diferente posición jurídica que ello implica, y su aportación –desde un punto de vista económico– ya no es un "recurso ajeno", sino un "recurso propio", precisamente capital.

Como se aprecia, las dos formas de financiación son completamente distintas, y las obligaciones del sujeto financiado también diferentes. Normalmente el interés a pagar será menor en uno u otro mercado, pero también el tipo de obligaciones asumidas o las condiciones y plazos de pago, y no todas las empresas pueden acceder a ambos mercados con facilidad (sólo una gran empresa muy solvente encontrará suscriptores de sus valores, fiados de su solvencia).

Este módulo se dedica a estudiar, fundamentalmente, los contratos por medio de los cuales se financia la actividad de consumidores y empresarios, normalmente mediante préstamos, pero también mediante figuras más complejas, como los contratos de *leasing* (para permitir el uso de un bien sin pagarlo por entero) o de *factoring* (para anticipar el dinero de los créditos de los que sea titular una persona y que aún no puede cobrar, porque no han vencido). En el apartado 7 se expondrán algunas de las formas más comunes existentes para garantizar la devolución de lo prestado: la obligación que asume una tercera persona, distinta del deudor, de pagar si no lo hace éste. Por último, en el apartado 8 se realizará una breve exposición de los contratos bancarios, pues precisamente la actividad bancaria es el máximo exponente de la financiación mediante el mercado de crédito: las entidades de crédito reciben dinero en forma de depósitos (operaciones pasivas), y lo prestan en forma de préstamos o créditos (operaciones activas).

2. El mutuo o préstamo

En el contrato de préstamo, una parte, llamada "prestamista", entrega al prestatario alguna cosa no fungible para que use de ella durante un cierto tiempo y la devuelva (en este caso, el préstamo se denomina "comodato"), o dinero u otra cosa fungible, con obligación de devolver otro tanto de la misma especie o calidad (denominado "mutuo" o "préstamo simple"). El comodato, que es esencialmente gratuito (art. 1740.2 CC), se rige por los arts. 1741 a 1752 CC, y dada su poca incidencia en la materia objeto de nuestra atención no se va a tratar en este estudio. En el mutuo, las partes son el mutuante o prestamista, que entrega el dinero o bien fungible, y el mutuuario o prestatario, que lo recibe y se obliga a devolverlo en el plazo pactado.

2.1. El mutuo simple y el préstamo mercantil: concepto, caracteres, elementos y efectos

El contrato de mutuo se suele caracterizar como:

a) Real. En el sentido de que, en principio, el contrato nace cuando el prestamista entrega el dinero o bien fungible al prestatario. Sin embargo las partes pueden pactarlo como contrato consensual (me obligo a entregarte una cantidad X dentro de cinco días).

b) Unilateral. En la medida en que sólo existen obligaciones para el prestatario, de devolver la misma cantidad. El prestamista no tiene obligación alguna, sino derechos.

c) Gratuito. En principio no genera interés, si bien cabe pactar lo contrario, y este pacto es lo más usual (de forma que, en la realidad, la mayoría de los préstamos son onerosos).

d) TraslATIVO del dominio. El prestatario adquiere la propiedad del bien fungible –precisamente porque es fungible–, y por eso su obligación no es la de devolver el mismo bien, sino otro de igual cantidad y calidad. El prestamista pierde la propiedad, y adquiere a cambio un derecho personal sobre el prestatario a que le devuelva igual cantidad y calidad.

e) De duración. Siempre debe dársele un plazo al prestatario para devolver; si la devolución fuera instantánea, el contrato no tendría sentido. El prestatario obtiene el dinero o bien ahora, y sabe que no tiene que devolverlo hasta pasado un plazo.

El objeto del mutuo es dinero o cualquier otro bien fungible (art. 1740 CC). La inmensa mayoría de los mutuos consisten en la entrega de dinero. La principal obligación del prestamista es la devolución de "otro tanto de la misma cantidad y calidad". Es decir, de la misma cantidad de dinero (principio nominalista: se devuelve el mismo *nomen* o número de monedas), no el mismo valor.

En épocas de inflación, esto supone, de hecho, recuperar una cantidad que tiene menos valor –cuando se recibe– que la entregada. Para evitar las consecuencias perjudiciales de esto en caso de inflación, cabe establecer las "cláusulas de estabilización". En ellas se establece un referente conforme al cual se actualizará el valor dinerario pactado. De esa forma la deuda dineraria se adecua a las fluctuaciones económicas y el acreedor, en el tiempo de cumplimiento de la obligación, recibirá un valor actualizado de la cantidad pactada. Así, p. ej., cabe establecer que la cantidad se incrementará aplicándole las fluctuaciones del IPC (como se establecía en el régimen legal de los arrendamientos urbanos hasta la modificación operada en 2019) o que el interés se modificará en función del MIBOR (como suele pactarse en los contratos bancarios). También es común, para evitar este efecto de la inflación, el pactar un interés, como luego se verá: de esta forma el prestamista recupera la misma cantidad más un interés, el cual supone la compensación por la depreciación del dinero y, en muchos casos, además una ganancia.

Como tantos otros contratos, el mutuo o préstamo viene regulado por partida doble en los dos códigos de derecho privado. Las reglas del Código de comercio se aplican al préstamo mercantil, que es aquel en que una de las partes contratantes es comerciante y las cosas prestadas se destinan a actos de comercio (art. 311 CCo). Los demás préstamos son civiles. Algunas sentencias (SSTS 9 mayo 1944 y 31 octubre 2001), y parte de la doctrina, consideran que los préstamos concedidos por entidades de crédito serán mercantiles *per se*, aunque no se destinen a actos de comercio. Esta posición parece criticable, dado que modifica el tenor literal del precepto que claramente exige una cualificación doble, subjetiva y objetiva.

2.2. El préstamo con interés

Como regla general, el préstamo es gratuito, esto es, no devenga intereses. Pero las partes pueden pactar que sí exista tal devengo, lo cual se realiza en la mayoría de los casos, convirtiendo al préstamo o mutuo en oneroso. Los intereses son, por lo tanto, elemento accidental del contrato. El pacto de intereses en el préstamo civil puede revestir cualquier forma (podría, incluso, ser verbal, si bien eso dificultaría mucho la prueba de tal pacto si el prestatario, llegado el momento, lo niega). En cambio, en el préstamo mercantil el pacto de intereses debe revestir necesariamente forma escrita (art. 315 CCo). El pacto de estos intereses, que suelen denominarse "remuneratorios", tiene como finalidad, o bien evitar las consecuencias negativas de la inflación (dado que al recuperarse el capital, en realidad se está recibiendo un valor inferior al entregado), o bien que el prestamista obtenga una ganancia por su actuación.

Distintos de los intereses remuneratorios son los de demora. Aquéllos suponen una contraprestación o remuneración por el beneficio obtenido al poder disponer el prestatario de dinero; éstos son los que se devengan automáticamente por la falta de devolución de la cantidad entregada en el tiempo pactado (por la mora o retraso en el cumplimiento). Los intereses de demora no precisan de pacto alguno, sino que son una especie de compensación por el perjuicio que

causa el hecho de la mora en el cumplimiento de la obligación. Se producen por el hecho de la existencia de mora (art. 1108 CC). Las partes pueden pactar el tipo del interés moratorio, pero a falta de pacto será el del interés legal.

En derecho mercantil las obligaciones con plazo fijado de cumplimiento no precisan de interpelación para que haya mora: una vez vencidas y no cumplidas, exista tal mora (art. 62 CCo). Por eso, así como la mora en el préstamo civil precisa interpelación, en derecho mercantil los intereses moratorios se producen desde el vencimiento, sin necesidad de interpelación (art. 316 CCo).

La Ley contra la Usura de 23 de julio de 1908 prohíbe los intereses usurarios. Por interés usurario hay que entender: el interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; el aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; o aquel en el que se supone recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada. El Código de comercio establece que no hay límite en la cuantía de los intereses (art. 315 CCo), lo cual ha planteado si resultaría así aplicable la Ley de Usura antes citada. La jurisprudencia, en general, considera que esta Ley también se aplica al préstamo mercantil, si bien en el ámbito mercantil cabe entender que los intereses ordinarios pueden ser más altos que en el préstamo civil.

En muchas ocasiones el Tribunal Supremo ha establecido que para valorar si existe interés usurario ha de tenerse en cuenta el momento de perfección del contrato, y si entonces el interés pactado resultaba excesivo. Así, se ha considerado usurario un interés del 20% anual pactado en 1983 (STS 30 junio 1998, RJ 1998/5294); o de un 5% mensual, por equivaler a un 60% anual (STS 12 julio 2001, RJ 2991/5164). En la práctica es muy común que los tribunales consideren excesivo (sin calificarlo técnicamente como usurario, pero considerándolo en realidad como tal) un interés remuneratorio superior a 2,5 veces el interés legal, por las razones que se verán al estudiar el apartado 3.

En el caso de ser un interés usurario, las consecuencias son que el interés se tendrá por no pactado, pero el préstamo seguirá vigente. Es la llamada "nulidad parcial", nulidad que alcanza sólo a la cláusula nula, pero deja intacto el resto del contrato. Sería injusto, en efecto, que el contrato fuera nulo y el prestatario debiera devolver el dinero o bien de inmediato, pues se le estaría perjudicando. El contrato sigue vigente, pero el prestatario no deberá pagar el interés usurario ni ningún otro: el contrato se convierte en mutuo gratuito.

En principio, en el préstamo no cabe el "anatocismo", esto es, el que los intereses vencidos y no pagados se computen también a efectos de aplicar sobre ellos el tipo de interés pactado en el plazo siguiente. Sin embargo sí existen supuestos de anatocismo legal: así, conforme al artículo 1.109 CC los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados. También cabe que las partes pacten la "capitalización" de los intereses, de forma que en los momentos pactados los intereses devengados se consideren capital, y entonces el capital queda incrementado con su importe y el tipo de interés se aplica a ese nuevo importe de capital (anatocismo convencional). Esta posibilidad de capitalización la prevé expresamente el art. 317 CCo. De hecho, se pacta en la inmensa mayoría de los préstamos mercantiles.

Lectura complementaria

Sobre los préstamos usurarios, ved **Elsa Sabater Bayle** (1995). *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*. Pamplona: Aranzadi; y **Manuel Albaladejo García** (1995). "La nulidad de los préstamos usurarios". *Anuario de Derecho Civil* (pág. 33 y sigs.).

Por último, es preciso señalar que, si el prestamista recibe el capital sin hacer constar que se reserva el derecho a cobrar los intereses, se extingue la obligación de pagar éstos (art. 1110 CC). Y el prestatario que paga intereses sin estar estipulados no puede reclamarlos como pago indebido (art. 1756 CC).

En los últimos años ha existido una alta litigiosidad en esta materia del interés en los contratos de préstamo, ligada al tema de los intereses variables. Es bastante común pactar que cada cierto tiempo (normalmente, cada año – en los préstamos hipotecarios– o cada tres meses) el tipo de interés variará, en función de un "tipo de interés objetivo", cuya fijación es independiente y ajena a la entidad prestamista (p. ej., el EURIBOR, el tipo de interés al que se prestan entre sí los bancos en el mercado interbancario europeo). Esta práctica es totalmente lícita, y está admitida legalmente (ved arts. 22 LCC o art. 21 de la Ley 5/2019, normas ambas que se exponen más adelante).

Por ejemplo, las partes pueden pactar que cada tres meses el interés fijado variará y será para el trimestre siguiente el EURIBOR+1. El EURIBOR es un índice de referencia objetivo, fijado en el mercado interbancario europeo, cuyo importe no depende de la voluntad del prestamista. Cada día, en ese mercado interbancario, se fija el EURIBOR a un día, a un mes, a tres meses, etc. A ese EURIBOR se le suma, en el ejemplo puesto, un 1%, que será, por decirlo de alguna forma, la ganancia neta del prestamista (el EURIBOR supone, más bien, el coste de la inflación o de la depreciación del dinero).

Uno de estos tipos "objetivos" más utilizado, sobre todo por las cajas de ahorro, ha sido el IRPH, o "interés de referencia de préstamos hipotecarios", fijado como media de los tipos de interés utilizados en esas operaciones por las entidades de crédito españolas. El TS consideró que referenciar un tipo de interés variable a este IRPH puede ser válido, y esta decisión ha sido recurrida ante el TJUE, que tiene previsto resolver sobre la misma en la segunda mitad de 2019.

En torno a los tipos de interés variables, se han planteado bastantes problemas, de los que destacaremos dos. En primer lugar, la cuestión de las llamadas "cláusulas suelo". Era bastante común pactar un interés variable, pero fijando un tipo de interés mínimo, un "suelo" (por ejemplo, si se pactaba un interés variable EURIBOR+1, con un suelo del 3%, aunque el EURIBOR estuviera por debajo del 2%, el cliente pagaría un 3%, que era el tipo de interés mínimo fijado). A veces también se pacta un "techo", un interés máximo a pagar por el cliente. Esto hizo que cuando el EURIBOR cayó vertiginosamente, situándose incluso en tasas negativas, los clientes seguían obligados a pagar el "suelo", que resultaba así bastante caro respecto del precio real del dinero. El Tribunal Supremo, a partir de la conocida STS 9 mayo 2013, determinó que tales cláusulas pueden constituir un elemento esencial del negocio, y si no existe claridad y transparencia en el modo de recogerse en el contrato, esta falta de transparencia hace que se puedan someter al control de abusividad. De hecho, las considera abusivas en los tres supuestos de cláusulas contempladas en ese litigio. Sin embargo, la sentencia no concedió eficacia retroactiva a la nulidad de la cláusula suelo, decisión que fue recurrida ante el TJUE, y en la que éste dictaminó que la nulidad debía tener eficacia retroactiva (había que devolver todos los intereses cobrados "de más" desde un principio, STJUE de 21 de di-

ciembre de 2016). La doctrina de la abusividad por falta de transparencia ha sido reiterada en las SSTs 8 septiembre 2014 o 24 marzo 2015, y últimamente ya incorpora esa eficacia retroactiva de la nulidad decidida por el TJUE.

Una problemática distinta se planteó con unas figuras más complejas, los *swaps* o intercambios de tipos de interés. Muchas empresas habían realizado estos acuerdos para paliar los efectos de posibles subidas de tipos de interés, y la bajada del EURIBOR les supuso tener que realizar pagos cuantiosos. En este ámbito, la principal protección de los clientes se ha instrumentado por la vía de declarar la existencia del error en el cliente al contratar el *swap*, ante la falta de una información precontractual clara y completa que alertara de los riesgos que supone este tipo de contratos (ved, entre otras muchas, SSTs 20 enero 2014, 8 junio 2014, 5 abril 2017 o 19 junio 2018).

Los *swaps* (en español, "intercambio") de intereses son acuerdos de intercambio de tipos de interés, fijando un valor nominal notional sobre el que cada una de las partes paga un interés distinto, liquidándose el contrato de forma que la parte cuyo pago es mayor satisface la diferencia a la otra. Por ejemplo, A ha obtenido prestado un millón, a EURIBOR+2 (era la opción mejor de entre todas las que tenía), pero quiere pagar un 4%, y realiza un *swap* con B en el sentido siguiente: A se compromete a pagar a B el 4% anual de un millón, y B se compromete a pagar a A el EURIBOR+2 anual de un millón. Llegado el momento de liquidación (mensual, anual, etc.), si por ejemplo el EURIBOR está al 3%, el resultado será: A tendría que pagar el 4%, y B el 5%, por lo que B le entrega a A el 1% de un millón. Con ese 1%, A paga a su prestamista el EURIBOR+2, poniendo un 4% de su bolsillo y el 1% que recibió de B. Si el EURIBOR estuviese al 1%, A tendría que pagar el 4%, y B el 3%, por lo que A le entrega a B el 1% de un millón. A pagará a su prestamista el 3% (EURIBOR+2) y a B el 1%, por lo tanto, finalmente paga un 4%. Con el *swap*, A ha convertido su préstamo a interés variable en un préstamo a fijo, paga el 4% de un millón sea cual sea el EURIBOR existente, combinando lo que paga y recibe del prestamista y del contratista del *swap*. A no pudo lograr un préstamo al 4% de su prestamista, pero con el *swap* logra ese efecto.

En ocasiones, y especialmente cuando la empresa prestataria atraviesa una situación de dificultad económica, las partes proceden a modificar las condiciones iniciales del préstamo, a menudo incrementando la cuantía de lo prestado y ampliando el plazo de devolución y las garantías. Estos "acuerdos de refinanciación" corren el peligro de que, si posteriormente la prestataria cae en concurso, sean rescindidos si fueron perjudiciales para la empresa (p. ej., porque la endeudaron más, al ampliar el montante del préstamo o porque gravaron los bienes para garantizar la refinanciación). Por ello, para volverlos "irrescindibles" en caso de concurso, el art. 71 bis LC establece una serie de requisitos, que se estudian en sede concursal. Pero, además, las "esperas" (aplazamientos), e incluso las "quitas" (perdón de deuda) de estos acuerdos podrán "extenderse" a los demás acreedores de pasivos financieros (entidades de crédito, obligacionistas, etc.) si se cumplen una serie de exigencias: básicamente, si el acuerdo fue aprobado por acreedores que representen una cierta mayoría (del 51%, 60% u 80%, según el tipo de efectos que se quieran extender) de los pasivos financieros del deudor, y cubre ciertos requisitos de irrevocabilidad concursal (véanse las exigencias y precisiones en la disposición adicional cuarta de la ley concursal, redactada ahora por la Ley 17/2014). De esta manera, puede suceder que un acreedor financiero (e incluso, con ciertas condiciones, un acreedor hipotecario), vea modificadas las condiciones de sus préstamos y créditos porque la mayoría del pasivo de su deudor ha llegado a un acuerdo con éste para

aplazar o incluso condonar parte del crédito. El principio de relatividad de los contratos queda así excepcionado, y esta facultad de homologación de hecho se ha usado cuando una empresa pasa por dificultades financieras. La homologación se tramita ante el juez de lo mercantil que sería, en su caso, competente para conocer la declaración del concurso de acreedores del deudor.

3. El contrato de crédito al consumo

Un régimen especial para los préstamos a favor de consumidores se establece en la Ley de 24 de junio de 2011, de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCC). Esta norma supone una trasposición de la Directiva comunitaria 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, y sustituye a la anterior Ley de 23 de marzo de 1995. Se parte de la idea de que, cuando el préstamo se concede a un consumidor, éste precisa de una defensa mayor porque por su inexperiencia, su falta de información y su posible necesidad de dinero puede haber aceptado condiciones o cláusulas no muy favorables. Por eso la Ley establece una serie de reglas que buscan defender al consumidor, quedando claras cuáles son las condiciones pactadas y otorgándole unos derechos mínimos.

El ámbito objetivo de la Ley abarca todo tipo de contrato de préstamo o crédito, cualquiera que sea su forma o modalidad: pago aplazado, préstamo, apertura de crédito, o cualquier otro medio equivalente de financiación. Desde el punto de vista subjetivo, sólo se aplica a préstamos a consumidor, entendiendo por tal la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esa ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional (art. 1.2 LCC).

La Ley establece, también, algunas exclusiones. Así, y entre otras, no se aplica a contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria (que se rigen por la Ley 5/2019), a contratos de crédito de importe inferior a 200 euros, a los contratos de arrendamiento financiero con opción de compra, a los contratos de crédito gratuitos o a los contratos en los que el importe deba ser reembolsado en el plazo máximo de tres meses y por los que sólo se deban pagar unos gastos mínimos (ved art. 3 LCC).

El contrato debe constar por escrito, y contener además una serie de menciones mínimas (art. 16 LCC). Con esta exigencia se pretende que queden claras cuáles son las obligaciones de las partes en los aspectos esenciales. Si no se cumple la forma escrita el contrato es anulable; y si falta alguna de las menciones mínimas el contrato sigue vigente, y la Ley va estableciendo qué debe entenderse pactado –normalmente, condiciones gravosas para el prestamista– en cada caso (art. 21 LCC). Además, la Ley establece con especial rigor un deber de información precontractual, indicando la información básica que debe figurar en la publicidad (art. 9 LCC), así como la información previa al contrato que debe entregarse a la persona interesada en contratar (arts. 10 a 13 LCC).

Dentro de la regulación de muy distintos aspectos que realiza la Ley, para lo cual se remite a su lectura, cabe destacar los siguientes. Se puede establecer la modificación del coste total del crédito (los comúnmente denominados "intereses variables"), pero para ello debe existir acuerdo formalizado por escrito,

y la variación del coste se ajustará a la de un índice de referencia objetivo, debiendo fijarse además el diferencial que se aplicará, en su caso, a tal índice (art. 22 LCC).

Por ejemplo, las partes pueden pactar que cada tres meses el interés fijado variará, y será para el trimestre siguiente el EURIBOR+1. El EURIBOR es un índice de referencia objetivo, fijado en el mercado interbancario europeo, cuyo importe no depende de la voluntad del prestamista. Cada día en ese mercado interbancario se fija el EURIBOR a un día, a un mes, a tres meses, etc. A ese EURIBOR se le suma, en el ejemplo puesto, un 1%, que será, por decirlo de alguna forma, la ganancia neta del prestamista (el EURIBOR supone, más bien, el coste de la inflación o de la depreciación del dinero).

En el contrato debe hacerse constar, de forma expresa, cuál es el "coste total del crédito", incluyendo todos los intereses, gastos y cargas que asuma el consumidor (como, p. ej., el seguro de amortización para casos de muerte o invalidez que a menudo es obligado pactar para obtener el préstamo). Este coste total se "traduce" en la "tasa anual equivalente" o TAE (art. 32 LCC). En un préstamo con un interés del 7%, si la TAE es de un 8,5% eso quiere decir que el cliente lo que realmente acaba pagando al año es un 8,5% del capital, teniendo en cuenta que se haya pactado una "capitalización" de los intereses vencidos (ved lo dicho en el apartado 2.2), que existan otros gastos además del interés, etc.

El consumidor tiene un derecho a reembolsar anticipadamente, de forma total o parcial, el préstamo concedido (se ahorrará, así, el interés aún no devengado del capital que amortice de forma anticipada). Para tal supuesto las partes pueden haber fijado una compensación que tal consumidor deba satisfacer, pero la Ley establece un límite máximo al importe de dicha compensación (ved art. 30 LCC).

De especial importancia es la posibilidad de que, si entre el vendedor de un producto o proveedor de un servicio y el financiador del mismo existe un pacto para realizar tal financiación, el comprador-acreditado podrá oponer al financiador las mismas razones para negarse al pago que podría oponer al vendedor-proveedor. De esta forma, si el vendedor o el proveedor del servicio no realiza su prestación, el comprador podría negarse a realizar los pagos pactados con el financiador, aunque tal financiador no sea quien ha incumplido el contrato que se financiaba. Lo que se exige es que el crédito contratado sirva exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos, y ambos contratos constituyan una "unidad comercial desde un punto de vista objetivo" (ved art. 29 LCC).

El supuesto se planteó en España con especial relevancia respecto de personas que habían contratado recibir cursos de idiomas, financiándolos mediante entidades bancarias (que pagaban a la empresa de idiomas, y luego recuperaban a plazos el dinero de los consumidores). A la hora de recibir los cursos, la empresa de idiomas entró en quiebra y no los impartió. Como el consumidor no había recibido el curso, si la entidad bancaria que – a pesar de ello – le reclamaba el precio tenía un acuerdo con la empresa de idiomas para financiar a los usuarios, el consumidor podía negarse válidamente al pago. Las excepciones oponibles al prestador de servicios se "comunican" al financiador. Sin embargo, el consumidor que hubiera acudido a una entidad financiera que no tuviera acuerdo con la empresa de idiomas no podría negarse al pago de la financiación.

Por último, ha tenido gran relevancia práctica una norma referida a la concesión de crédito en una cuenta corriente por medio de "descubiertos": el cliente de un banco no tiene fondos suficientes para pagar un recibo o deuda, pero el banco satisface éste con dinero propio, causando un "descubierto" o "números rojos" en la cuenta. El importe de ese descubierto luego se cobra al cliente, más los intereses y/o comisiones pactados en el contrato de cuenta corriente. Pues bien, el art. 20.4 LCC establece que el tipo de interés que se pacte para estos casos no puede dar lugar a una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero. Lo relevante es que la jurisprudencia de las audiencias provinciales ha entendido que ese límite del 2,5 veces el interés legal supone una especie de referente para determinar cuándo un interés resulta "desproporcionado" o, incluso, usurario en todo caso (aunque no sea interés fijado para un descubierto pactado).

4. Contratos de crédito inmobiliario

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, traspone la Directiva 2014/17/UE, y norma una serie de aspectos de los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca u otra garantía real. Esta Ley no regula el derecho de "hipoteca" en sí, que sigue normado por la Ley hipotecaria (en trance, también, de una posible revisión), sino los contratos garantizados con hipoteca, los contratos de préstamo hipotecario en cuanto tales préstamos o créditos. La norma no nace tanto como una defensa del prestamista (al modo de la Ley de crédito al consumo), sino como una instauración de un sistema de comportamiento responsable en la concesión de créditos hipotecarios. La Directiva que se traspone enuncia como principal motivo del régimen que se establece que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado (entidades de crédito, intermediarios de crédito, etc.) puede socavar los cimientos del sistema financiero y tener graves consecuencias sociales y económicas, si bien luego se añaden razones de protección de los consumidores y también del derecho a la vivienda como derecho fundamental comunitario.

Si bien la norma comunitaria ciñe su ámbito de protección a los consumidores, la ley española amplía este ámbito (algo que permite la Directiva) a todas las personas físicas (sean consumidores, empresarios, profesionales, etc.) que adquiera un bien inmueble, construido o por construir, y garantice el pago con hipoteca u otra garantía real. En bastantes aspectos, recuerda a la normativa de crédito al consumo expuesta en el apartado anterior (dicha normativa de crédito al consumo no rige para los préstamos hipotecarios, como se expuso, pero se aprecia un paralelismo claro en muchas reglas).

De entre los muchos aspectos regulados, destacaremos los que consideramos fundamentales. La norma establece la obligación de proporcionar al cliente una información precontractual estándar muy completa y además una información precontractual específica y personalizada según las necesidades, situación financiera y preferencias del cliente que se presente como posible prestatario (arts. 6, 9 y 10). Esa información debe entregarse con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato (art. 14). Además, obliga al notario que va a elevar a escritura el préstamo a que, con carácter previo al otorgamiento de la escritura (al menos un día antes), haga constar en un acta que: a) ha comprobado que se han cumplido los plazos de puesta a disposición de la información precontractual; b) ha asesorado al prestatario en las cuestiones que éste le plantee, y c) le ha informado de que ha prestado asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en la información precontractual, de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica. Igualmente, y en presencia del notario, el prestatario responderá a un test que tendrá por

objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada (ved art. 15). Con todo ello, se intenta asegurar que el prestatario conoce y comprende las cláusulas del contrato que va a celebrar.

5. El contrato de *leasing*

En el contrato de *leasing* intervienen tres sujetos: el fabricante de un bien, la empresa de *leasing* y el usuario del bien. En el supuesto normal, el usuario (que necesita usar el bien, pero no puede o no quiere adquirirlo) ordena a la empresa de *leasing* que compre el bien al fabricante y luego le permita el uso del mismo por un tiempo determinado y pagando una renta en los plazos pactados. Al cabo del plazo fijado, el usuario puede prorrogar el contrato, darlo por terminado, o comprar el bien por el llamado "precio residual", que suele ser muy pequeño. Este contrato también suele recibir el nombre de "arrendamiento financiero", término que pone el énfasis en la prestación del arrendamiento o uso del bien a cambio de un precio.

5.1. Concepto, clases y figuras afines

En el contrato de *leasing* el usuario puede utilizar el bien pagando una renta periódica y la empresa de *leasing* obtiene la ganancia por la diferencia entre el precio del bien y la cuantía total de los plazos pagados.

Este contrato al usuario le suele resultar más provechoso que la compra del bien a plazos, pues aunque las cuotas del *leasing* son caras, las puede deducir en ciertos casos en sus impuestos, al tratarse generalmente de bienes de equipo cuyos gastos se consideran como gastos de la empresa (ved art. 106 Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades).

Una cierta regulación, pero desde luego nada completa, se contiene en la disposición adicional 3ª de la Ley 10/2014, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito, que fija su concepto como operación bancaria específica (exigiendo, además de los requisitos ya señalados, que el bien se dedique a la actividad profesional o empresarial del usuario). En cuanto al tratamiento fiscal como gasto deducible, ved art. 106 LIS. Por último se encuentra la regulación contenida en la disposición adicional 1ª LVPBM. Aunque esta Ley regula las ventas a plazos, y considera además que el *leasing* no es una venta a plazos, establece en esta disposición adicional algunos aspectos de su régimen jurídico. Básicamente, establece que la empresa de *leasing* que haya inscrito el contrato en el Registro de Venta a Plazos podrá recuperar el bien si el usuario cae en concurso o el bien es embargado por sus deudas (por considerar los acreedores que el bien puede ser suyo, al estar bajo su uso y posesión); y también fija un procedimiento especial para recuperar el bien ante el impago por el usuario de los plazos del alquiler.

La naturaleza de este contrato ha sido discutida. Se ha llegado a afirmar que cumple una función de compraventa (pues normalmente el usuario acaba ejercitando la opción de compra), o que es un arrendamiento especial, pero la opinión preponderante en la actualidad es la de que se trata de un contrato

específico de financiación, dado que el usuario logra el uso de un bien que no puede pagar al contado mediante la satisfacción de unos plazos dilatados en el tiempo.

Como modalidades de la figura general se halla el *lease-back*, en el que el propietario de un bien lo vende a la empresa de *leasing* y al mismo tiempo lo arrienda mediante el pago de plazos periódicos. En este caso, el propietario del bien obtiene ahora liquidez y sigue pudiendo usar el bien, y en sus previsiones ello le resulta provechoso aunque se obligue al pago de los plazos. Lo que pasa es que a veces el *lease-back* se ha utilizado de modo fraudulento, como una forma encubierta de garantía con pacto comisorio, y por eso el Tribunal Supremo ha declarado en tales casos su ilicitud (SSTS 17 marzo 1999, 20 noviembre 1999 y 16 mayo 2000).

Distinto del *leasing* es el llamado *renting*, que es un contrato de arrendamiento ordinario y no un *leasing*. La empresa de *renting* tiene un conjunto de bienes que arrienda a los usuarios. Es ella, por tanto, la que elige los bienes, y no el usuario; tales bienes suelen ser de vida económica muy dilatada (el caso típico es el de las empresas de alquiler de coches). Se trata de un arrendamiento ordinario.

5.2. Cláusulas más comunes en el contrato de *leasing*

Como queda señalado, no existe una regulación completa del *leasing* en las leyes aplicables, sino puramente parcial de algunos aspectos. En la práctica se han consolidado una serie de cláusulas que se repiten en todos los contratos, y que configuran así de hecho cuáles son las obligaciones de las partes. Normalmente se deja constancia expresa en el contrato de que el bien ha sido elegido por el usuario, de forma que la empresa de *leasing* no responde, en ningún caso, de la adecuación de tal bien a los fines pretendidos por el usuario. El bien "alquilado" al usuario sigue siendo de propiedad de la empresa de *leasing*, de forma que, en caso de embargo de bienes del usuario, tal bien no responde de sus deudas. Normalmente se establece que el usuario debe asegurar el bien contra daños, robo, etc., pagando él las primas y designando como beneficiario de posibles indemnizaciones a la empresa de *leasing*. Por último, también es común establecer que los gastos necesarios para la conservación del bien y para el mantenimiento de su utilidad son del usuario.

Uno de los problemas más comunes es cómo podrá reclamar el usuario por los defectos o mal funcionamiento del bien. El usuario no tiene relación jurídica alguna con el fabricante/vendedor, por lo que no está legitimado para reclamarle la reparación o el saneamiento por defectos. Esto suele solucionarse con una cláusula de "cesión" de las acciones que tenga, como comprador, la empresa de *leasing* a favor del usuario, de forma que éste podría reclamar como "cesionario" de tales acciones.

6. El contrato de *factoring*

Es este también un contrato atípico de naturaleza discutida, y ello es debido fundamentalmente a la diversidad de prestaciones que pueden ofrecer las empresas de *factoring*. Éstas se dedican básicamente al cobro de créditos de sus clientes, y, en este sentido, su actividad es la de colaboración o auxilio al mismo. El cliente no se preocupa ya de gestionar el cobro de créditos (estar pendiente de vencimientos, reclamaciones, etc.), y la empresa de *factoring* cobra un precio por su gestión. En esta modalidad sencilla el contrato es una simple "comisión de cobro".

Sin embargo, en la práctica lo común es matizar las prestaciones con una serie de pactos que complican más la situación. Así, las partes pueden pactar la anticipación del crédito, de forma que la empresa de *factoring* pague al cliente el importe del crédito, sin esperar a su vencimiento, y luego lo cobre (y recupere así el dinero) al deudor. En estos casos de simple "anticipo", si el deudor no satisface el crédito, entonces la empresa de *factoring* recupera del cliente el dinero anticipado, y es el cliente el que tiene que dirigirse contra el deudor. De esta forma la empresa de *factoring* no asume el riesgo de insolvencia o de impago; sólo anticipa, se convierte en cesionaria del crédito, e intenta cobrarlo. Pero si el deudor no lo paga, es como si se "resolviera" el anticipo.

En otras ocasiones, y con independencia de que se anticipe o no el dinero, la empresa de *factoring* asume el riesgo de insolvencia del deudor. Quiere decir esto que la cesión se hace en firme y que, si el deudor no paga, la empresa ya no puede recobrar el dinero del cliente, sino que tendrá que ejercer las acciones correspondientes contra el deudor. Es el comúnmente llamado *factoring* "sin recurso" (pues la empresa ya no puede recurrir, acudir, al cliente).

En la práctica lo común es pactar una combinación del anticipo y del *factoring* sin recurso, de la forma siguiente: se anticipa al cliente un porcentaje del crédito, asumiendo la empresa de *factoring* la insolvencia del deudor por esa cantidad. Si acaba cobrando el 100% del crédito abonará al cliente el resto del total (el crédito menos el porcentaje anticipado); si no cobra del deudor, el cliente no devuelve nada, pero tampoco tiene derecho a la parte que faltaba.

Como se aprecia, se pacte seguir una u otra modalidad, cambia por completo la naturaleza y tipo de contrato. Si sólo se gestiona el cobro es una "comisión de cobro"; si se asume el riesgo de impago, es una "comisión de cobro en garantía"; si se anticipa, es una forma de financiación; y en la versión que más se practica, existe una financiación parcial del crédito (pues se anticipa en firme una buena parte del mismo). Por otro lado, el precio o comisión que cobra la entidad de *factoring* es totalmente distinto, pues por la simple comisión de cobro percibe una cantidad o porcentaje mucho menor que si, por ejemplo, asume el riesgo de insolvencia y/o anticipa el crédito.

Normalmente en estos contratos la empresa de *factoring* solicita al cliente una lista de sus deudores, y le indica los deudores cuyos créditos gestionará el cobro, o respecto de los cuales anticipará y/o asumirá la insolvencia. De esta forma la entidad se compromete a intentar cobrar y, en su caso, a anticipar o asumir la insolvencia, sólo de deudores que considere solventes. De otra parte, en estos contratos es fundamental que se opere la "cesión de los créditos" del cliente a la empresa de *factoring*, para que ésta se encuentre legitimada para presentarlos al cobro, para reclamarlos, etc. Esa cesión se comunica al deudor cedido, para que sepa que el nuevo acreedor es la entidad de *factoring*, y que sólo le libera el pago a este nuevo acreedor.

Otra función que cumplen las empresas de *factoring* es la de información sobre las empresas. Al cabo de un tiempo de ejercicio de su actividad estas entidades conocen a los empresarios de su entorno, su solvencia moral y económica, sus posibilidades, etc., y de ahí que se les pueda pedir información o asesoramiento sobre estos aspectos. Por último, ya que estas entidades gestionan el cobro de la mayoría de los deudores del cliente, en ocasiones se establece que también se ocuparán de la llevanza de toda la contabilidad de dicho cliente.

Pese a la atipicidad general del contrato, existen algunas normas dispersas que regulan ciertos aspectos parciales de este negocio. El art. 200 de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, admite la cesión de los derechos de cobro de los contratistas de la Administración pública. De esta forma, tales contratistas pueden "descontar" (sobre el contrato de descuento bancario, véase más adelante) o encomendar la gestión de cobro de los créditos a las empresas de *factoring*. Asimismo, se le aplica lo dispuesto en la Ley 1/1999, de 5 de enero, sobre entidades de capital-riesgo, y, en concreto, su disposición adicional 3ª referida a "determinadas cesiones de créditos" empresariales. Las cesiones de crédito a las que se refiere la norma (que está pensando en las realizadas mediante contratos de *factoring*) tendrán eficacia frente a terceros desde la fecha de celebración, siempre que se justifique la certeza de la fecha por alguno de los medios establecidos en los arts. 1218 y 1227 CC o por cualquier otro medio admitido en derecho. En caso de concurso del cedente, serán rescindibles de acuerdo con lo dispuesto en el art. 71 LC, pero en caso de concurso del deudor cedido, los pagos realizados por éste al cesionario no estarán sujetos a tal rescisión, salvo en algunos supuestos.

7. Garantías personales

De la devolución de un préstamo o del cumplimiento de una obligación responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros (art. 1911 CC). Pero cuando la solvencia del deudor no parece suficiente, el acreedor suele exigir, antes de concertar el préstamo o de contraer la obligación, que se asegure o garantice el cumplimiento mediante algún mecanismo añadido a esa responsabilidad patrimonial del deudor. Las garantías que se pueden establecer para asegurar el pago de un crédito pueden ser de dos tipos: reales y personales. Las garantías reales se tratan normalmente, en derecho civil, dentro de los derechos reales. Dentro de las garantías personales el negocio típico y básico es la fianza.

7.1. La fianza

7.1.1. Concepto, estructura, constitución

La fianza consiste en asumir el fiador o avalista la obligación de pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste (art. 1822 CC). De esta forma el acreedor tiene la seguridad de que, aunque el deudor no le satisfaga su deuda, lo hará el fiador. Por ello el fiador normalmente será persona solvente, pues si no en la práctica la garantía pierde operatividad real e interés para el acreedor. Las reglas de la fianza en el ámbito mercantil no presentan especialidades notables con relación a las reglas del Código civil. La fianza es mercantil cuando el contrato cuyo cumplimiento se asegura sea mercantil (art. 439 CCo).

Aunque el Código civil no exige el cumplimiento de ninguna forma específica, sí que requiere que la fianza civil sea expresa y conste inequívocamente (art. 1827.I CC). En el ámbito mercantil se exige, además, que la fianza conste por escrito, en línea con esa exigencia de ser expresa, pero añadiendo un requisito formal obligado (STS 14 noviembre 1988 ó 6 octubre 2005).

La obligación afianzada debe ser una obligación válida, ya que, como enseña la jurisprudencia, la fianza sigue las características y vicisitudes de la obligación principal. Si ésta fuera nula, también lo sería la fianza. La obligación afianzada puede ser ya existente cuando se pacta la fianza, pero también cabe garantizar obligaciones futuras cuyo importe no sea aún conocido, si bien no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea liquidada (art. 1825 CC. Ved SSTS 13 octubre 2005, 28 febrero 2006 y 30 octubre 2006). A este tipo de fianzas se les suele denominar "fianzas *omnibus*" o "fianzas flotantes", por cubrir todas las futuras deudas o por abarcar en cada momento unos montantes globales distintos.

7.1.2. Contenido de la fianza. Vicisitudes de la obligación afianzada

La fianza se caracteriza por dos notas principales: accesoriedad y subsidiariedad. La primera de ellas significa que la fianza es accesorio respecto de la deuda principal, de forma que sigue todas las vicisitudes de ésta. Consecuencia de ello es que el fiador no puede obligarse a más que el deudor principal (art. 1826 CC), que la obligación del fiador es nula si resulta nula la del deudor (art. 1824.I CC), que la fianza se extingue si se extingue la obligación principal (art. 1847 CC), y que el fiador podrá oponer al pago las mismas excepciones que tuviera para ello el deudor principal (art. 1853 CC). De igual forma, si en el concurso del deudor el acreedor acepta un convenio de quita o espera, esa misma quita o espera se aplicará a la obligación del fiador (art. 135.II Ley Concursal).

Por lo que respecta a la subsidiariedad, quiere decir que el fiador sólo responde si no lo hace, ni lo puede hacer, el deudor principal. Establece el art. 1830 CC que el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de los bienes del deudor, y esto se traduce en la práctica en el llamado "beneficio de excusión": si se demanda al fiador, éste podrá oponerse al pago señalando bienes concretos del deudor, realizables dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda (art. 1823 CC). Como se aprecia, es una excepción que debe oponer el fiador –no opera automáticamente–, y además exige que señale bienes concretos que se puedan vender para obtener la cuantía suficiente.

Este beneficio de excusión no tiene lugar si el fiador renuncia al mismo, si se obliga solidariamente con el deudor, en caso de concurso del deudor, o cuando éste no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino (art. 1831 CC). Es muy común que en las fianzas se pacten, a menudo mezclados como si fuera una única institución, la renuncia por parte del fiador al beneficio de excusión y la solidaridad con el deudor. Se trata de figuras distintas, con diferente alcance en ciertos aspectos, pero que suponen ambas que el fiador podría ser demandado aunque antes no se hubiera reclamado al deudor y aunque éste tuviera bienes suficientes. Como esto es lo más usual, de hecho el beneficio de excusión suele operar muy poco en la vida real. Por ende, el Tribunal Supremo ha entendido que en la fianza mercantil la regla es la solidaridad (incluso cuando no se pactara expresamente), dada la necesidad de garantías firmes en las transacciones mercantiles y el auge de la obligación solidaria en otros ámbitos en beneficio de la seguridad jurídica (SSTS 20 octubre 1989, 14 febrero 1997 ó 26 mayo 2004). Esta interpretación resulta muy criticable, pues es claro que legalmente el Código civil establece este beneficio, y el Código de comercio no lo excluye ni matiza para el ámbito mercantil.

Si el fiador se ve obligado a realizar el pago, podrá luego reclamar al deudor por esta razón. La reclamación incluirá lo siguiente: la cantidad satisfecha al acreedor; los intereses legales desde que se haya hecho saber el pago al deudor; los gastos ocasionados al fiador después de poner en conocimiento del deudor dicho pago; y los daños y perjuicios, cuando procedan (art. 1838 CC). Además de esta acción de repetición, el Código añade que el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor (art. 1839 CC), esto es, que puede ejercer las mismas acciones que tenía el acreedor. No está claro si se trata de dos acciones distintas (de repetición y de subrogación), o más bien de una. La postura mayoritaria actualmente es la que interpreta que

se trata de una única acción: el fiador podrá repetir el pago por esos conceptos, y para ello podrá prevalerse o aprovecharse de las garantías o privilegios de los que gozara –en su caso– la acción del acreedor.

Además de estas posibilidades de repetición, el Código prevé la llamada "acción de relevación", que permite en ciertos casos al fiador reclamar al deudor, bien que pague la deuda, bien que garantice la misma de otra forma distinta a la fianza; en cualquiera de ambos supuestos "releva" al fiador, le exime de tener que pagar. Esta acción de relevación cabe, entre otros supuestos, cuando se demande al fiador, en caso de concurso del deudor, o cuando la obligación afianzada haya vencido (ved todos los supuestos en el art. 1843 CC). En realidad la acción de relevación no suele ejercitarse en la práctica, y supone una especie de "anticipación del derecho de repetición", de forma que, aun antes de pagar, el fiador logra que el deudor extinga la fianza (después de pagar, a lo que tiene derecho es a repetir el pago y subrogarse en las acciones del acreedor).

7.1.3. La cofianza. La subfianza. La contragarantía

Cuando existen varios fiadores de una misma deuda se constituye la denominada "cofianza", cuya principal característica es que la obligación de pago se divide entre todos los fiadores ("beneficio de división", art. 1837 CC). A este beneficio, como al de excusión, se puede renunciar, y es muy común que así se haga; además, la jurisprudencia ha considerado que la cofianza mercantil es solidaria aunque no se pacte así, como ya se señaló al tratar del beneficio de excusión. En la cofianza el fiador que paga puede, además de repetir del deudor, repetir el pago de los demás cofiadores –si el pago se realizó en virtud de demanda judicial o por estar el deudor principal en concurso o quiebra– conforme a las reglas de los arts. 1844 y sigs. CC. Si alguno de los cofiadores resulta insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción (art. 1844.II CC. Esto es, si había cuatro cofiadores y uno resulta insolvente, cada uno de los restantes debería asumir finalmente un tercio de la deuda).

Por su parte la "subfianza" consiste en que una persona, el "subfiador", se obliga a pagar para el caso de que no satisfaga su obligación el fiador. Se trata, por lo tanto, de una "fianza del fiador". El subfiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor principal (art. 1836 CC), si bien es bastante común pactar la renuncia a estos beneficios y/o la solidaridad.

Por último, cabe realizar una referencia a la figura de la llamada "contragarantía", que constituye una garantía que se establece a favor del fiador para que, si éste paga su obligación, pueda recuperar fácilmente lo satisfecho. La "contragarantía" resulta, así, una forma de ejercitar con facilidad e inmediatez el derecho de repetición del fiador. La contragarantía puede consistir en una obligación personal del deudor principal o de un tercero, pero también en una garantía real sobre un bien concreto, o en la pignoración de determinados saldos bancarios, por ejemplo.

En muchos casos, por ejemplo, el banco que avala a un deudor "obliga" a éste a tener siempre unos fondos "bloqueados" en una cuenta corriente del propio banco, de forma que, si éste realiza el pago en virtud de la fianza, recupera rápidamente el dinero cargándolo en esa cuenta. Como pueden ser tantas las modalidades, y tan diversas, la "contragarantía" no es una categoría concreta y unívoca ni tiene un régimen específico, sino que se regirá conforme a las reglas del tipo de garantía o aseguramiento que se realice. En el caso de tratarse de una obligación personal de pago asumida por un tercero, este "contra-

garante" actúa como un responsable del derecho de reembolso frente al fiador que paga, pero no es un obligado al pago frente al acreedor principal, que no ve así aumentadas sus posibilidades de cobro.

7.1.4. Extinción de la fianza

La fianza se puede extinguir, bien porque se extinga la deuda principal (principio de accesoriedad), bien porque se extinga la fianza misma; en cualquiera de los casos por alguna de las causas de extinción de las obligaciones (arts. 1182 a 1213 CC). Así, cabe que el acreedor condone o perdone la deuda principal, o sólo la fianza; o el pago del fiador o del deudor supone igualmente la extinción de la obligación del fiador.

Existen, además, dos reglas específicas. En primer lugar, la concesión de una prórroga al deudor extingue la fianza (art. 1851 CC), puesto que agrava la posición del fiador, salvo que el propio fiador consienta en tal prórroga y en continuar obligado. El precepto citado sólo opera si la prórroga fue voluntaria por parte del acreedor (SSTS 5 febrero 1955, 7 abril 1975, 8 mayo 1984 u 8 octubre 1986), por lo que la doctrina y la jurisprudencia entienden que no se refiere a los casos en los que el acreedor se ve "obligado" a conceder una prórroga mediante una espera acordada en convenio concursal, espera para la que votó en contra, pero que le vincula si es aceptada por la mayoría de los acreedores. En segundo lugar, la fianza se extingue si, por algún hecho del acreedor, no pueda quedar subrogado en los derechos, hipotecas o privilegios del mismo el fiador que paga (art. 1852 CC. Como recordamos, el fiador que paga se subroga en sus acciones).

Un supuesto de aplicación del art. 1852 CC puede verse en la STS 25 octubre 1999. El banco acreedor satisfizo un cheque librado contra la cuenta del deudor, cheque que iba firmado por uno sólo de los administradores (cuando hacía falta la firma de los dos). Cuando el banco reclamó el saldo negativo de esa cuenta al fiador, éste alegó que no podría cobrar subrogándose en la acción del banco contra el deudor, ya que esta acción no podía prosperar porque el deudor podía alegar que ese cheque no debería haber sido pagado.

7.2. Las garantías independientes o autónomas

En el tráfico mercantil actual es común pactar como garantía no simples fianzas, sino figuras un tanto imprecisas en las que el garante se compromete a pagar la deuda de un tercero ante el incumplimiento de éste, pero añadiendo que el pago se realizará en cuanto lo requiera el acreedor. Se habla así de garantías, fianzas o avales "a primera demanda" o "a primer requerimiento", haciendo hincapié en esa característica de pago inmediato a la reclamación. Lo definitorio de estas figuras, sin embargo, no es tanto el dato de la inmediatez como lo que ésta lleva implícito: se parte de que el garante no puede oponerse al pago acudiendo a la relación subyacente existente entre deudor y acreedor. Precisamente porque no le afecta dicha relación, paga sin requerir nada acerca de su cumplimiento o incumplimiento. Posteriormente el garante repetirá del deudor, y éste será quien, en su caso, actúe contra el acreedor si éste ejecutó la garantía de forma abusiva (por ejemplo, estando la deuda ya pagada, o ha-

biendo sido anulado o resuelto el contrato). Se podría decir, con un simplismo excesivo pero ilustrativo, que el garante paga sin preguntar nada (esto es, sin exigir explicaciones o acreditaciones de la realidad del incumplimiento de la "obligación garantizada"), y luego repite ese pago del deudor. Lo definitorio no es el pago "a primera demanda", sino que el garante pacta que no podrá oponer al pago excepciones basadas en la relación subyacente existente entre deudor y acreedor. Por eso resulta preferible la expresión de "garantía autónoma" o "garantía independiente" a la de "garantía a primera demanda".

Estas formas de garantía comportan ventajas muy relevantes, respecto de una fianza típica, tanto para el beneficiario como para el garante. Así, el beneficiario tiene el compromiso del garante de que pagará en cuanto sea requerido para ello, lo cual facilita enormemente la reclamación, pues no tendrá que acreditar el incumplimiento del deudor ni se le podrá denegar el pago oponiendo excepciones que competan al deudor principal o sean inherentes a la deuda (art. 1853 CC). Por otro lado, para el garante también supone una mayor facilidad el hecho de no tener que consultar al deudor para saber qué excepciones pueda oponer, y si debe oponerlas (arts. 1840 y 1853 CC), limitándose únicamente a pagar y, posteriormente, a repetir el pago del deudor (aunque resulte obvio, el garante suele cuidarse mucho de tener la seguridad de que podrá recuperar la cantidad pagada, a menudo porque es una entidad de crédito que conserva bloqueados fondos del deudor suficientes para cubrir eventuales pagos que se realicen en virtud de las garantías prestadas). Al desvincularse la garantía de la obligación garantizada, el garante no tiene que indagar acerca del grado de cumplimiento de ésta ni de las vicisitudes acaecidas al respecto. En cuanto al deudor, si bien se expone a una reclamación abusiva del beneficiario, normalmente obtiene el crédito más fácilmente, al garantizarlo con una obligación tan fácil de ser exigida, y también puede que el precio que le cobre el garante sea menor.

7.2.1. Régimen legal

En derecho español no existe una regulación ni una contemplación expresa de este tipo de garantías. Algunos autores proponen que serían aplicables las reglas de la fianza civil/mercantil que no estén basadas en la accesoriedad; otros estiman que se trata de una figura atípica, que no cabría asimilar, ni siquiera por analogía, a la fianza. Sí existe una regulación en el ámbito internacional. Por un lado, las "Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional relativas a la garantías a primer requerimiento" (Uniform Rules for Demand Guarantees, URGD 758, de 2011), que simplemente constituyen una propuesta de regulación que las partes pueden aceptar como regla para la garantía que pacten; su obligatoriedad, por lo tanto, depende de que las partes las asuman como normativa de su contrato. Por otro lado, se halla la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente (en adelante, CGII), hecha en Nueva York en 1995, abierta a la firma de los miembros de la ONU desde el 1 de enero del 2000.

7.2.2. Contenido de la garantía

No existe una fórmula específica que determine directamente que la garantía constituida es autónoma. La cuestión debe decidirse caso por caso, resultando inequívoco que lo pactado no es una fianza, sino una obligación de pago desvinculada de una relación subyacente (ved SSTs 5 julio 2002, 12 noviembre 2003 ó 27 noviembre 2006), de forma que el garante no podrá oponer las razones para negar el pago que sí podría oponer el deudor.

En ocasiones, para exigir el pago basta con la simple reclamación al garante, sin mayores justificaciones ni requisitos. Pero también cabe pactar otras modalidades. A veces se exige, además de la reclamación, una constancia documental expresa, bien del impago de la obligación garantizada, bien de la reclamación no exitosa al deudor, bien de otras circunstancias.

En estos casos, denominados por la doctrina "garantías a primera demanda documentales", ciertamente se ve matizada la autonomía del negocio, ya que se realiza una referencia expresa a la relación subyacente y a la falta de cumplimiento de la misma. Sin embargo, sigue tratándose de garantías independientes, distintas a la simple fianza, porque el garante simplemente comprueba el cumplimiento de unos requisitos formales y porque, *prima facie*, los documentos presentados acreditan el impago, pero sin poder indagar más ni poderse negar al pago basándose en las vicisitudes de la relación subyacente.

Habiendo satisfecho el garante el pago, podrá repetir el mismo del deudor principal, simplemente justificando que se han cumplido los requisitos pactados en la garantía (plazo, presentación de documentos, etc.). El deudor deberá reembolsar la cantidad pagada, así como otras sumas que puedan haber pactado (intereses, comisiones, etc.). Si la reclamación del beneficiario resultó indebida, el deudor podrá dirigirse contra él y probar tal circunstancia, pues entre ellos por supuesto tiene juego en su plenitud la relación subyacente.

Como "contrapeso" a la especial exigencia que suponen estas garantías autónomas o a primer requerimiento, desde un principio tanto algunos textos internacionales como la doctrina han defendido que, si bien la obligación del garante es independiente del negocio subyacente, cabría oponerse por éste al pago si la reclamación del beneficiario resulta evidentemente abusiva (*exceptio doli*).

Nuestro Tribunal Supremo ha señalado, así, que el garante podría probar que el deudor principal ha pagado, y con ello quedaría liberado de su obligación (Sentencias 27 octubre 1992, 31 mayo 2003 ó 28 mayo 2004). Como se aprecia, admitir esto supone que la autonomía o independencia de la garantía no son absolutas. Por supuesto, aparte de esta *exceptio doli* el garante podrá oponer las excepciones derivadas de la propia garantía, tal y como fue pactada: reclamación del beneficiario realizada fuera de plazo; no presentación de los documentos exigidos para realizar la reclamación; o presentación de los documentos exigidos, pero de forma incorrecta (copias ilegibles, documentos evidentemente falsificados o cuyo contenido no se corresponde con lo pactado, etc.).

7.3. Las cartas de patrocinio

Las comúnmente denominadas "cartas de patrocinio" se caracterizan por ser documentos enviados normalmente por una sociedad madre, o un socio mayoritario, a la entidad que está estudiando la concesión de un crédito a la fi-

lial o a la sociedad. En esas cartas el emisor se presenta como sociedad madre o como socio mayoritario de ese posible futuro deudor, y suele manifestar su conocimiento de la operación crediticia que se está gestionando, así como su apoyo a la misma. El grado de ese apoyo hace que deban distinguirse dos grandes tipos o clases de cartas de patrocinio: débiles o fuertes. En las cartas débiles, el emisor simplemente manifiesta su condición de sociedad madre o socio mayoritario y su apoyo a la operación y a la sociedad controlada, pero sin asumir en absoluto responsabilidad alguna en cuanto al pago de la deuda que se está gestando. En cambio, en las cartas fuertes sí se produce una cierta vinculación, bien a hacer lo posible para que la "patrocinada" pague, bien incluso a satisfacer la deuda si la favorecida no lo hace. El abanico de posibilidades es muy amplio, y como se aprecia fácilmente, la naturaleza jurídica de la institución no es única.

La terminología no es unívoca tampoco, existiendo distintas expresiones tanto en español ("cartas de patrocinio", "cartas de confort", "cartas de apoyo", "cartas de conformidad", "cartas de responsabilidad", "cartas de garantía"), como en otros idiomas ("*letter of responsibility*", "*letter of support*", "*letter of patronage*", "*letter of intention*", etc.). Algunos de estos términos son relativos sólo a cartas débiles o a fuertes, pero otros abarcan ambas modalidades y tienen una mayor imprecisión.

Lo característico de estas figuras es que suponen un reforzamiento o apoyo a la patrocinada para que pueda obtener una financiación, pero sin que el emisor del documento se comprometa de una forma seria como "fiador". Las razones de evitar una obligación de este tipo son variadas. En primer lugar, porque a menudo el emisor no quiere asumir un compromiso jurídico firme, sometido a derechos nacionales sustantivos o procesales que pueden ser especialmente rigurosos con él. En segundo lugar, porque de esta forma el emisor no asume una obligación que deba hacer constar como riesgo asumido en su contabilidad o ante sus acreedores, o que sea considerado como garantía a los efectos de los arts. 150 o 162 LSC. Por último, porque creando esta cierta indefinición acerca de si se responde o no de algo se espera obtener financiación para la patrocinada, basándose en ese respaldo "informal", sin comprometer la solvencia propia.

De hecho estas cartas, en su modalidad de débiles, han tenido mucho éxito y se han prodigado en los mercados financieros, otorgando a menudo una confianza que, dado el caso, se ha cumplido en supuestos de dificultades financieras de la patrocinada. En este ámbito, como en otros muchos, a menudo la emisora del documento procura el cumplimiento no por hacer frente a un deber moral o jurídico, sino para mantener la credibilidad financiera y económica del grupo de sociedades en el que está implicado la patrocinada, y por supuesto también para mantener la credibilidad de los terceros en que ella cumple sus "promesas". Por eso, aunque para los juristas estos "compromisos que no son compromisos" resultan sumamente contradictorios, en el tráfico económico tienen una importancia real y crean una confianza que a menudo se ve respaldada por la actuación posterior.

Las cartas de patrocinio "débiles" son aquellas en las que el emisor no asume un compromiso expreso de que la deuda que va a gravar a la persona patrocinada va a ser satisfecha. En ellas normalmente se manifiesta la participación mayoritaria del emisor en el capital del patrocinado, o su condición de sociedad madre de la patrocinada; el conocimiento de que el destinatario de la car-

ta está estudiando conceder financiación al patrocinado; y una intención o deseo de que la operación sea exitosa, pero sin asumir un compromiso directo ni indirecto en el pago.

Este tipo de documentos está muy extendido en el tráfico, y normalmente genera una confianza en el destinatario de que su emisor hará que la patrocinada cumpla sus compromisos, sobre todo porque lo contrario conduciría al descrédito comercial de "patrocinante" y "patrocinado". Pero en algunos casos la entidad deudora no paga y, cuando el acreedor de alguna forma exige a la emisora que cumpla su "obligación" o "compromiso" (por llamarlo de alguna manera), se plantea hasta qué punto esos documentos permiten exigir una responsabilidad a sus emisores. En una primera postura, que es la que mantiene nuestra jurisprudencia, se afirma que estas cartas de patrocinio débiles no suponen vinculación jurídica alguna (SSTS 16 diciembre 1985 y 13 febrero 2007). Frente a esta postura, la mayoría de los autores ha mantenido una posición contraria, defendiendo –con carácter general–, un cierto alcance jurídico de la carta débil. Sin embargo, y fuera de declaraciones puramente retóricas, lo importante no es si tienen alcance jurídico, sino en qué medida sería exigible una responsabilidad al emisor de la carta. Entre los autores que dan una respuesta concreta a esta cuestión, la mayoría defiende que existirá responsabilidad sólo si las manifestaciones que realizó el emisor (acerca del control, del apoyo financiero, etc.) son falsas, pero no en otro caso.

En esta materia resulta mejor huir de apriorismos, y sin partir de si la carta es fuerte o débil, valorar los términos estrictos del documento, qué afirma y a qué se compromete el emisor, y a partir de ahí dilucidar si debe responder de alguna forma por el incumplimiento de la "patrocinada". Parece claro que no deberá responder como fiadora, pero sí si incumplió alguno de los compromisos asumidos (el mantenimiento de la participación mayoritaria, el apoyo financiero o la inyección de financiación, el control del endeudamiento o de la correcta gestión, etc.), o si exageró (esto es, falseó) la realidad de lo declarado.

Las cartas de patrocinio "fuertes" suponen, de una u otra forma, un compromiso del emisor de que la deuda a la que se refiere será satisfecha, bien porque el emisor y/o su grupo apoyan financieramente a la patrocinada y harán lo posible para lograr el pago, bien porque el emisor se obliga específicamente a pagar si no lo hace ésta (ved varios supuestos en las SSTS 30 junio 2005, 13 febrero 2007 o 27 junio 2016). La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias consideran que estos documentos constituyen una forma de garantía personal atípica, que en algunos casos podría calificarse como verdadera fianza (si el emisor se compromete al pago en defecto del cumplimiento de la patrocinada), y que en otros no se regiría por las reglas de la fianza, pero supondría al fin y al cabo una obligación exigible de forma directa al emisor como vínculo contractual.

8. Contratos bancarios

Dentro de los contratos de crédito tienen una gran relevancia los contratos bancarios, pues en el fondo la mayor parte de las operaciones de crédito tienen como soporte la intervención directa o indirecta de una entidad de crédito. Al hablar de operaciones o contratos bancarios nos referimos no sólo a las realizadas por los bancos, sino en general a todas las realizadas por entidades de crédito (bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito).

El régimen administrativo de las entidades de crédito se recoge actualmente en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito (en adelante, LOSSEC), que fija sus requisitos organizativos y los "colchones" de solvencia (todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento UE 575/2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión). Conforme a su art. 1.1, son entidades de crédito "las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia".

A partir de 2008, las cajas de ahorro sufrieron severos cambios en su organización, que finalizaron en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias. Conforme a esta Ley, la actividad de las cajas se orientará principalmente a servicios bancarios y de inversión para clientes minoristas y pymes, y normalmente su ámbito de actuación no excederá el territorio de una comunidad autónoma. Actualmente, sólo dos cajas se mantienen como entidades individuales que siguen realizando operaciones financieras (las de Ontinyent y Pollença), y el resto se han integrado en SIP, fusionado o transformado en fundación bancaria (una fundación que mantiene una participación en una entidad de crédito, con ciertos requisitos, y atiende y desarrolla la obra social de la fundación con el rendimiento que recibe de esa participación).

En los últimos años, los cambios operados en la normativa de entidades de crédito han sido muchos y de gran calado, y requieren sobre todo una mayor solvencia y una evaluación proporcional mucho más rigurosa de los riesgos asumidos por las entidades. La exigencia de una serie de "colchones de capital" (esto es, de ratios entre los recursos propios de las entidades y el riesgo asumido en sus operaciones de activo) viene impuesta por la normativa comunitaria (actualmente, el citado Reglamento UE 575/2013) y recogida en los arts. 43 a 49 LOSSEC. La Ley 11/2015, de 18 de junio, de Recuperación y Resolución de Entidades de Crédito y Empresas de Servicios de Inversión (LRREC), es la que regula la actuación cuando una entidad de crédito está en riesgo de insolvencia o en situación actual de insolvencia.

Las operaciones bancarias se suelen estudiar atendiendo al criterio de quien asume la posición de prestamista en la relación jurídica. Así, cuando es el banco quien presta se habla de operaciones activas; de operaciones pasivas cuando a él le prestan; y de operaciones neutras cuando no hay una relación de crédito, sino un servicio de otro tipo prestado por el banco (depósito, colocación de valores mobiliarios en el mercado, etc.).

8.1. El contrato de cuenta corriente bancaria

8.1.1. Concepto, funciones y naturaleza jurídica

El contrato de cuenta corriente es aquel mediante el cual el cliente de una entidad de crédito y ésta convienen que la entidad atenderá las órdenes de pago y de domiciliación de ingresos que determine el cliente, y que los flujos dinerarios generados por estos pagos e ingresos se anoten mediante un sistema contable de adeudo y abono, determinando en cada momento el saldo exigible. El contenido fundamental del contrato es, de esta forma, doble. Por un lado, el cliente obtiene el llamado "servicio de caja", esto es, la posibilidad de disponer del dinero existente en la cuenta mediante muy variados mecanismos de pago (cheques, transferencias, tarjetas bancarias, domiciliación de pagos, etc.), así como de realizar ingresos también de distintas maneras (pagos realizados por terceros y domiciliados en la cuenta, ingresos del titular, etc.). Y, por otro, esos pagos e ingresos se anotan mediante una "técnica contable" de adeudos y abonos, determinando un saldo a favor de una de las partes negociales. La cuenta corriente resulta, así, un negocio puramente instrumental, una forma de disponer del dinero sin tener que movilizarlo físicamente. A su vez, existirá otra operación bancaria, esta sí, sustantiva, que justificará la existencia de los fondos de la cuenta.

Hasta el año 2009, la cuenta corriente era un contrato atípico, pero la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago (LSP), supuso una regulación parcial de la misma; esta norma ha sido derogada por el Real Decreto Ley 19/2018, de 23 de noviembre, de Servicios de Pago y Otras Medidas Urgentes en Materia Financiera, que reasume y actualiza la regulación (el citado Decreto Ley supone la trasposición de la Directiva (UE) 2015/2366, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior). Desde luego, no es una norma que se refiera de forma principal al contrato de cuenta corriente, el cual ni siquiera se menciona con ese nombre ni una sola vez. Pero la regulación que realiza de los diversos sistemas de servicios de pago, y en especial de los "contratos marco de servicios de pago", tiene como ejemplo más claro de aplicación práctica el contrato de cuenta corriente.

La mayoría de los servicios de pago constituyen las operaciones ordinarias que suponen el servicio de caja completo de la cuenta corriente ordinaria: la gestión de pagos, fundamentalmente el cumplimiento de órdenes de pago realizadas mediante domiciliación de recibos, transferencias y tarjetas bancarias. La Ley se refiere en varios preceptos al "contrato marco" de servicios de pago, que se define como "un contrato de servicio de pago que rige la ejecución futura de operaciones de pago individuales y sucesivas, y que puede

estipular la obligación de abrir una cuenta de pago y las correspondientes condiciones para ello" (art. 3.9). A su vez, "cuenta de pago" es "una cuenta a nombre de uno o varios usuarios de servicios de pago que sea utilizada para la ejecución de operaciones de pago" (art. 3.11). El paradigma de este contrato sería la apertura de una cuenta corriente y la correspondiente asunción de la obligación de cumplir con las órdenes de pago. Aunque no es obligatorio abrir una cuenta de pago, huelga decir que en la inmensa mayoría de los supuestos, las órdenes de pago se instrumentan dentro de un contrato de cuenta corriente.

El Real Decreto Ley 19/2018 regula muchos de los aspectos contractuales de los servicios bancarios de pago. La mayor parte de esta regulación es común a cualquiera de los servicios de pago que se utilicen (fechas de valoración, información previa, etc.). Concretamente, la Ley regula los requisitos de transparencia de las condiciones y de la información aplicables a los servicios de pago (arts. 28 a 31). Ved el desarrollo realizado por la Orden EHA/1608/2010; la modificación y la resolución del contrato de cuenta corriente (arts. 32 y 33); la autorización de operaciones de pago (arts. 36 a 49), y la ejecución de operaciones de pago (arts. 50 a 64).

Las entidades de crédito suelen cobrar al cliente unas comisiones por la simple llevanza de la cuenta, por el hecho de permitir las órdenes y de contabilizarlas. Y esta comisión es independiente del precio propio de la operación ordenada, que se añade a aquélla. Actualmente la ganancia de las entidades ya no puede venir del margen de intermediación, cada vez más estrecho, y por eso en los últimos años se ha venido incrementando el número de comisiones y la cuantía de las mismas, como única forma de obtener unos beneficios adecuados.

La doctrina se ha planteado la dudosa legalidad de estas comisiones cuando no responden a un servicio efectivo; máxime si se pactan respecto de consumidores, en cuyo caso podría tratarse de cláusulas abusivas. Otra cuestión problemática la constituye la "incorporación" de dichas cláusulas al contrato, pues si efectivamente no fueron expresamente aceptadas por el cliente no le vincularían (es lo que a veces pasa con cláusulas ilegibles, o incomprensibles, o que se hallan en documentos generales que no se entregan efectivamente al cliente).

La mayor parte de la doctrina coincide en considerar que la cuenta corriente participa de la naturaleza de los contratos de mandato o comisión mercantil. Esto es así porque en realidad el banco gestiona el dinero existente en la cuenta del cliente de acuerdo con las órdenes de éste, realizando pagos o abonos en ejecución del "servicio de caja" antes aludido. Cuestión distinta, como se acaba de señalar, es cuál sea la operación concreta que dio lugar a la existencia de tales fondos: puede ser un depósito bancario, un préstamo bancario, u otros. Por ser un mandato o comisión, se aplican los deberes de diligencia en la gestión, información al cliente, rendición de cuentas, etc., establecidos en las respectivas regulaciones.

8.1.2. Cuentas con varios titulares: mancomunadas e indistintas

En materia de cuentas corrientes debe realizarse una distinción muy importante, no siempre bien delimitada por la doctrina, entre la categoría de titular de la cuenta y persona con poder de disposición. El titular es la persona o personas que celebran el contrato con el banco, y que se comprometen a cumplir las obligaciones derivadas del mismo (responden del pago de las co-

misiones, de las consecuencias de los descubiertos, etc.). En cambio la persona con poder de disposición es el sujeto que con su firma puede realizar cargos en la cuenta (también se le suele denominar persona con "firma autorizada"). Unas veces será el propio titular, pero otras su representante o un tercero en el que aquél confía.

Quien tiene poder de disposición simplemente puede ordenar la realización de pagos, y el banco se ha comprometido con el titular a cumplir dichas órdenes. Pero los no titulares no pueden causar, con sus órdenes de pago, descubiertos, ni tampoco cancelar la cuenta o bloquearla, dado que en realidad no son contratantes con el banco, y su actuación no puede suponer una variación de elementos fundamentales de la cuenta abierta.

Cuando existe una pluralidad de personas con poder de disposición se plantea el dilema de cómo podrán ordenar pagos a la entidad de crédito. Si se pactó con el banco que es precisa la firma de dos o más de esas personas, se suele decir que la cuenta es "mancomunada". Supone un mayor control de los fondos, pero también una cierta incomodidad a la hora de ordenar los pagos.

Si, en cambio, se ha pactado que cualquiera de las personas con poder de disposición puede con su sola firma ordenar pagos, se dice que la cuenta es "indistinta" o, también, "solidaria". Este tipo de cuentas plantean numerosísimos problemas, porque la facilidad de gestión y disposición que procuran es directamente proporcional, y precisamente por esa razón, a las situaciones conflictivas que originan. El importante número de veces que el Tribunal Supremo se ha enfrentado a problemas originados por estas cuentas constituye la mejor prueba de que se trata de una cuestión práctica de innegable relevancia.

Las cuentas indistintas no pocas veces se utilizan como forma de encubrir negocios fraudulentos (p. ej., evasión de normas fiscales, civiles o hereditarias, depositando una persona fondos en una cuenta indistinta para que el cotitular disponga de ellos como si fueran propios, en perjuicio de acreedores o herederos del que ingresó las cantidades). En tales casos, lógicamente, si se demuestra esa intención o un resultado fraudulento, se podrán declarar nulas las actuaciones realizadas.

A raíz de estas cuentas, el Tribunal Supremo ha manifestado claramente que la existencia de varios cotitulares –*sic*, de varias personas con poder de disposición– no supone que todos ellos sean propietarios de los fondos, sino simplemente que tienen un derecho a disponer de los mismos por su sola voluntad. La propiedad del dinero existente la determinarán las reglas de derecho civil. Además, la existencia de una cuenta indistinta no puede suponer que el propietario civil de los fondos depositados los done al cotitular indistinto no propietario, pues esa voluntad de donación debería ser expresa. En este sentido, ved STS 8 febrero 1991 ó 29 mayo 2000.

8.2. Tarjetas bancarias

8.2.1. Concepto y clases

Las tarjetas bancarias, son, simplemente, unos documentos de plástico en los que viene plasmada la identidad del titular y la numeración propia de la tarjeta, y que llevan incorporada una banda magnética en la que van anotándose las distintas operaciones que se realizan, propias del servicio de caja de la cuenta corriente a la que se vincula la tarjeta. No son títulos-valores propiamente dichos, pues carecen de varios de los datos característicos de éstos (transmisibilidad, autonomía, literalidad, etc.). Simplemente se trata de documentos que permiten el uso de ciertas prestaciones del servicio de caja y, especialmente, el pago de la adquisición de bienes. En buena medida "sustituyen" o, más bien, "equivalen" al dinero.

Inicialmente se distinguían las tarjetas para uso de cajero (que permiten obtener las prestaciones de la cuenta corriente mediante un cajero automático) y las tarjetas para compra de bienes. Hoy en día la mayoría de las tarjetas bancarias permiten ambos usos. En cuanto a la prestación de permitir el pago de la compra de bienes, debe realizarse una distinción en función del momento en el que se realiza el cargo de dicho pago en la cuenta del cliente. Si ese cargo se realiza en el mismo momento de efectuar la compra, se dice que la tarjeta es "de débito". Si, en cambio, se realiza en unas fechas periódicas prefijadas en el contrato cercanas a la fecha de la adquisición (normalmente, el día 1 de cada mes se cargan las operaciones pagadas en el mes anterior), se suele hablar de tarjetas "de compra". Por último, cuando el pago se difiere un plazo más largo, ya pactado desde la operación (si bien en fechas fijas ya prefijadas; p. ej., el 1 de enero se cargan las compras efectuadas en el mes de septiembre), se dice que la tarjeta es "de crédito".

La diferencia es muy importante, porque incide en la naturaleza jurídica del negocio celebrado con el banco. Así, el pago de compras mediante tarjeta de débito es un simple mandato o comisión de pago, y sólo se realiza si el cliente tiene fondos suficientes para realizar el cargo (la existencia de esa provisión se comprueba al pasar la tarjeta por el datáfono existente en el comercio, el cual está conectado a la central de tarjetas, de forma que el cargo se realiza inmediatamente en la cuenta). El uso de tarjetas de compra, en cambio, incorpora elementos del mandato y del crédito: se ordena a la entidad de crédito el pago de un bien, pero el cliente obtiene un aplazamiento del pago (pues la diferencia entre la fecha de operación y la fecha del cargo puede ser de casi un mes), y además el banco se arriesga a pagar aunque no existan fondos en la cuenta del cliente (pues en estos casos no siempre se comprueba la existencia de fondos, justamente porque los fondos deben existir al realizarse el cargo, no al efectuarse la compra). Por último, las tarjetas de crédito sí suponen una operación de crédito, pues el banco pagará al vendedor del bien al contado, y sin embargo carga esa operación al cliente pasado un plazo de, normalmente, tres a seis meses. También aquí la entidad de crédito corre el riesgo de que el cliente carezca de fondos en el momento del cargo. Precisamente porque es una operación de crédito se cobran unos intereses al cliente, además relativamente elevados, que se aplican tomando como base el plazo de diferimiento.

Como en la inmensa mayoría de las operaciones bancarias, no existe una regulación normativa general del uso de las tarjetas bancarias. Pero algunos aspectos concretos sí que están regulados en el Real Decreto Ley 19/2018 antes citado.

8.2.2. Relaciones contractuales existentes

Normalmente, para llevar a cabo todas las operaciones de las tarjetas bancarias, y especialmente la adquisición de bienes, existen hasta tres relaciones contractuales distintas entre cuatro partes contratantes. En primer lugar, el uso y gestión de las tarjetas suele ser llevado por una entidad específicamente destinada a estas operaciones (Visa, Servired, 4B, etc.).

En segundo lugar, los comerciantes que desean que el precio de sus ventas pueda ser satisfecho con tarjetas bancarias celebran un contrato específico con las entidades emisoras. En este contrato asumen una serie de obligaciones, entre las que podemos citar las siguientes:

- Se comprometen a tratar igual al cliente que paga en metálico que al que "paga" con tarjeta, sin hacer por ello descuentos a aquél o cargos a éste (lo cual incluye el aplicarles los mismos precios rebajados en épocas de rebajas, por ejemplo).
- El comerciante asume que la entidad emisora le pagará el importe de la venta con un descuento que en la actualidad tiene unos límites fijados en el Real Decreto Ley 2/2014, y que oscilan entre el 0,3% y el 0,1%.
- Por último, el comerciante asume la carga de identificar al cliente –no sólo corroborar su identidad en la tarjeta y en el documento personal de identificación, sino también que la foto que aparece en éste corresponde *prima facie* con la del comprador– y comprobar, al menos formalmente, el parecido de la firma del recibo con la que figura en la tarjeta.

En cuanto a las obligaciones de las entidades emisoras de la tarjeta, éstas se comprometen a pagar la venta con independencia de que el usuario de tarjetas tenga fondos en su cuenta bancaria. Ésa es la garantía fundamental para el comerciante, que además conoce perfectamente que vende más si los clientes pueden pagar con tarjeta (esto es, pueden no pagar en metálico), aunque cobre con un descuento cada una de esas ventas. A menudo el comerciante "internaliza" el descuento, fijando un precio que incluye los descuentos de las ventas realizadas con pago mediante tarjeta.

Finalmente, existe una relación contractual entre el cliente bancario y la entidad de crédito por el que aquél se compromete a tener fondos suficientes en su cuenta para satisfacer los cargos que vayan a hacerse en función del uso de las tarjetas (en las fechas pactadas, según sean tarjetas de débito, compra o crédito). En el supuesto de que no tuviera fondos, suele pactarse la resolución

del contrato y de todos los demás contratos de crédito que el cliente pudiera tener con la entidad, dado que decae la confianza en la solvencia que es característica de las operaciones bancarias.

8.2.3. Pérdida y sustracción

Uno de los aspectos fundamentales en la regulación de las tarjetas para lograr la confianza del cliente es el de las consecuencias de la pérdida o sustracción de la tarjeta y el uso ilegítimo de la misma por personas no autorizadas. Hasta ahora, esa cuestión se regulaba por las cláusulas bancarias, que recogían diversas recomendaciones conforme a las cuales la responsabilidad del titular queda limitada. Actualmente, ya existe una regulación legal, contenida en el art. 46.1 del Real Decreto Ley 19/2018 (la norma se refiere a pérdidas o sustracción de "instrumentos de pago", y los más comunes son las tarjetas o también los talones o cheques). La norma establece tres grupos de supuestos para las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado, sustraído o apropiado indebidamente por un tercero:

a) El ordenante no soportará coste alguno si no le resultara posible detectar la pérdida, la sustracción o la apropiación indebida de un instrumento de pago antes de un pago, salvo cuando el propio ordenante haya actuado fraudulentamente; o la pérdida se debiera a la acción o inacción de empleados o de cualquier agente, sucursal o entidad de un proveedor de servicios de pago al que se hayan externalizado actividades; o cuando las operaciones se hayan efectuado de forma no presencial utilizando únicamente los datos de pago impresos en el propio instrumento, siempre que no se haya producido fraude o negligencia grave por su parte en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia del instrumento de pago y las credenciales de seguridad y haya notificado dicha circunstancia sin demora.

b) El ordenante soportará todas las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas si ha incurrido en tales pérdidas por haber actuado de manera fraudulenta o por haber incumplido, deliberadamente o por negligencia grave, una o varias de las obligaciones que establece el artículo 41.

c) En los demás supuestos, el ordenante podrá quedar obligado a soportar hasta un máximo de 50 euros. De esta manera, en definitiva, se limita con carácter general la pérdida por estos supuestos a 50 euros, y se exonera al cliente en una serie de casos, pero si ha existido fraude o incumplimiento deliberado o por negligencia grave de la obligación de custodia y de guarda del instrumento de pago o de las claves de pago, el cliente soportará todos los gastos realizados.

8.3. Operaciones bancarias activas

8.3.1. Préstamos y créditos

La operación activa más típica es el préstamo bancario, que en sí es un contrato de préstamo típico de carácter mercantil. Pero junto a él hay una figura que difiere en muchos aspectos, que es la "apertura de crédito" o crédito bancario. En ella el banco pone a disposición del cliente una cantidad determinada de dinero, y el cliente puede usar de la misma con libertad, pagando al final del plazo pactado los intereses pactados pero sólo respecto de las cantidades efectivamente dispuestas. Además de tales intereses, se suele pagar una comisión de apertura (un porcentaje sobre el total de la cantidad, al principio del contrato) y una comisión de no disponibilidad (un interés que se aplica al dinero no dispuesto por el cliente).

La ventaja de este contrato radica en que el cliente puede ingresar dinero en la cuenta corriente, amortizando así la cantidad debida en ese momento, con lo cual paga menos intereses. Este contrato permite una mayor flexibilidad al cliente, pero es más inseguro para el banco, que en vez de cobrar periódicamente, como es usual en el préstamo, tiene que esperar hasta el final del plazo (normalmente semestral o anual) pactado para ver satisfecha su posición acreedora. Por ello los créditos sólo se conceden a clientes de confianza, y son más caros que el préstamo (normalmente, el interés es un punto o punto y medio más alto).

Cuando la cuantía del préstamo o crédito solicitado es muy grande, y supondría un gran riesgo para asumirlo una sola entidad de crédito (o excedería del riesgo que se permite asumir con un sólo cliente), puede realizarse un "préstamo o crédito sindicado". En él son varias las entidades acreditantes, que forman el llamado "sindicato". Con ello se diversifica el riesgo, al soportarlo varios bancos, y al cliente le evita tener que acudir a varias entidades, celebrando incluso contratos en condiciones distintas con cada una de ellas. A su vez las entidades de crédito participantes pueden ceder su posición acreditante a otra entidad, o permitir a otra entidad que soporte parte de su riesgo.

Sobre la alta litigiosidad provocada en el ámbito de los préstamos y créditos bancarios por los intereses variables, las diversas fórmulas de variación y los derivados que buscan limitar los efectos adversos de las variaciones, ved lo dicho en el apartado 2.2 de estos materiales.

8.3.2. Créditos documentarios

El "crédito documentario" es un contrato en virtud del cual el banco, por orden de su cliente, se obliga a pagar a un tercero una cantidad a cambio de la entrega, por este tercero, de una serie de documentos. Ha sido muy utilizado en compraventas internacionales, en las cuales el banco del comprador satisface al vendedor el precio de la venta, a cambio de los documentos de la misma. De esta forma el vendedor tiene la seguridad de que se le va a pagar, pues es un banco el obligado. Además, la relación tercero-banco es abstracta,

independiente de la relación del tercero con el cliente (independiente, por lo tanto, de la compraventa o del negocio existente entre ellos), con lo cual la seguridad es aún mayor.

Hay que destacar que existen unas reglas y usos uniformes sobre créditos documentarios que, no constituyendo derecho positivo de ningún país, son sin embargo aceptadas como régimen aplicable en la inmensa mayoría de los contratos de este tipo. Su última versión es del 2007.

Normalmente los documentos que el tercero debe entregar al banco para cobrar son el documento del transporte (carta de porte, talón de ferrocarril, conocimiento de embarque), la factura comercial de la venta y la póliza de seguro del bien vendido (que cubre los deterioros en el transporte). Junto a ellos puede haber otros muchos: certificado de origen, factura consular, etc. El banco que paga al vendedor tiene obligación de comprobar que están todos los documentos, y que al menos formalmente no presentan ningún defecto.

8.3.3. Descuento

1) Concepto y funciones

Existe un consenso doctrinal y jurisprudencial al conceptuar el descuento como el anticipo por el banco de un crédito no vencido, previa deducción de un interés, con la cesión del crédito a la entidad salvo buen fin. Se le denomina contrato de "descuento" porque la entidad de crédito al anticipar "descuenta" el interés, de modo que el cliente recibe una cantidad menor a la del crédito que cede. Este descuento procede porque el banco anticipa el pago al cliente de un crédito no vencido y, por tratarse de la aplicación de un interés, la cuantía final del descuento varía en función del tiempo que falta hasta el vencimiento.

La lógica económica del descuento es evidente. Para el cliente descontatario le supone recibir de forma anticipada una parte importante de un crédito, sin tener que esperar a su vencimiento; de este modo obtiene liquidez, y podrá reinvertir ese dinero. En su cálculo, prefiere obtener ahora una parte del crédito que esperar al vencimiento para cobrarlo por entero. Para la entidad de crédito descontante se trata de su labor típica de inversión, pagando ahora una cantidad a cambio de un crédito por el cual obtendrá luego, a su cobro, un importe mayor; y con la "garantía" de la responsabilidad añadida del descontatario si el deudor cedido impaga. Además, el banco puede a su vez "redescantar" el crédito descontado, si precisa de liquidez, con lo cual puede deshacer su posición en caso necesario. Obviamente, el tipo de interés aplicado por el banco es el que convierte la operación en atractiva, pues si resulta demasiado alto desincentivaría totalmente el descuento.

El contrato conlleva la cesión del crédito al banco, según las reglas propias del crédito para dicho traspaso: como regla general, la cesión de créditos de los arts. 1526 a 1536 CC, o 347 y 348 CCo, con comunicación de dicha cesión al deudor, para que éste sepa que debe pagar al nuevo acreedor; en el caso de créditos instrumentados en títulos a la orden, endoso de éstos al descontante; etc. Elemento igualmente importante es la cláusula "salvo buen fin": quiere decir que, si el banco descontante no obtiene el pago del crédito, a su vencimiento, del deudor original, podrá reclamar del cliente descontatario el pago de dicho crédito. De esta forma la entidad de crédito podrá optar, en este ca-

so de impago, por reclamar a uno u otro el importe total: al deudor, porque aquélla es la cesionaria del crédito; al descontatario, porque así lo ha pactado con él al contratar el descuento.

Esta característica no es esencial al contrato, y puede pactarse el llamado "descuento sin recurso", en el cual el anticipo es definitivo, y el descontatario no responde del pago de la deuda cedida. Lógicamente, en este caso el interés aplicado suele ser mayor, pues mayor es el riesgo asumido por la entidad de crédito.

En la práctica resulta inusual que el cliente descuenta un crédito concreto o único. Lo más común es que se trate de un comerciante o empresario que vende a crédito, y para obtener de forma anticipada el importe de tales ventas pacte con una entidad de crédito el descuento de todas las facturas o cobros pendientes. En estos casos, se pacta un "contrato-marco" que regirá el descuento de cada una de las facturas, títulos, etc., en el que se establece el tipo de interés a aplicar, el límite de cantidad que se anticipará en términos globales, la clase de créditos que se pueden descontar, etc. Posteriormente, cada vez que el cliente desee descontar créditos concretos entrega un documento, que suele denominarse "remesa de efectos", en el que detalla los créditos cedidos, y acompaña las facturas justificativas o los títulos-valores en los que se documentan, en su caso. La entidad de crédito anticipa esos créditos, si lo considera adecuado, abonando las cantidades en la cuenta designada por el cliente.

Normalmente se suele fijar un límite máximo de dinero a anticipar por parte del banco. En esta lógica, la cuantía de lo anticipado va incrementándose conforme se descuentan créditos; y va disminuyendo conforme los créditos descontados se van cobrando. De este modo, es como si el banco asumiera un riesgo limitado, pues no anticipa más del máximo pactado. Pero, de hecho, el importe global anticipado en un periodo (un año, por ejemplo) es muy superior al máximo fijado, pues conforme va disminuyendo el riesgo por cobrarse los créditos cedidos, se pueden ir descontando nuevos créditos.

2) Obligación de diligencia del descontante. Perjuicio o/y prescripción de efectos descontados y ejercicio de la acción causal

La entidad de crédito descontante no es un mandatario o comisionista del cliente descontatario, pues adquiere el crédito en propiedad y lo cobra por cuenta propia. Pero, sin embargo, dado que puede adeudarlo de nuevo a su cliente si el crédito es impagado, tiene una obligación de diligencia en el cobro de dicho crédito. Esta obligación le impone realizar los actos precisos para obtener el pago voluntario (intentar el pago voluntario llegado el vencimiento, según las reglas propias del crédito); y si existe impago, conservar todas las acciones de reclamación posibles (por ejemplo, en el caso de efectos cambiarios presentar el título al vencimiento, y protestarlo por impago). De esta forma, si luego cobra al descontatario le devolverá dicho crédito con todas las posibilidades de cobro.

Partiendo de este criterio, la jurisprudencia reiteradamente ha declarado aplicable a estos supuestos el art. 1170 CC, en el sentido de que, si la entidad de crédito descontante deja culposamente perjudicar el título o prescribirlo, ya no podrá ejercitar la acción causal. En tales supuestos –se razona–, si pudiera reclamar al descontatario mediante la acción causal de descuento, le devolve-

ría un título que ya no es "cobrable" (o, al menos, un título menos fácilmente cobrable que el que se entregó a la entidad al descontarlo). La pérdida culposa de la acción cambiaria no puede permitir que el banco acuda, entonces, a la acción extracambiaria y devuelva un título de peor condición que el que le fue entregado. Ved STS 30 abril 2003, 25 noviembre 2004, 29 septiembre 2008 o 20 mayo 2009. Conforme a este criterio, si el banco no avisó al descontatario del impago y dejó prescribir la acción cambiaria, no podría ya ejercitar la causal; pero si avisó al descontatario, según el Tribunal Supremo, es éste quien tiene la carga de pagar el título y recuperarlo antes de que prescriban las acciones cambiarias.

8.4. Operaciones bancarias pasivas

8.4.1. Caracterización, clases y marco normativo

La captación de pasivo mediante depósitos de los clientes es una operación bancaria "clásica", pues precisamente la entidad de crédito se dedica, luego, a prestar eso que ha recibido. A pesar de las variedades de depósitos que se practican hoy en día, existen unos rasgos característicos comunes a todos ellos, que se pueden sintetizar en la siguiente descripción: se trata de negocios en los que el cliente bancario entrega un dinero a la entidad de crédito, que lo adquiere y hace suyo para destinarlo a sus operaciones activas, teniendo dicho cliente un derecho de restitución del *tantundem*, bien en cualquier momento (depósitos "a la vista"), bien en un plazo pactado (depósitos "a plazo"). A cambio de esa entrega, normalmente la entidad retribuye al cliente con el pago de un interés, o/y le ofrece la posibilidad de uso del servicio de caja.

Este tipo de operaciones resulta ventajoso para ambas partes. Al cliente le proporciona todas o alguna de las siguientes utilidades: le evita tener que custodiar su dinero, le permite ganar un interés, y en los depósitos a la vista además le proporciona todo el abanico de posibilidades del servicio de caja. A la entidad de crédito, en cambio, le proporciona los fondos que luego podrá prestar a un interés muy superior a aquel con el que retribuye al deponente, de forma que en la diferencia entre ambas retribuciones (el llamado "margen de intermediación") está la ganancia del banco. Pero, en definitiva, aparte de la utilidad concreta reportada al cliente o al banco, es todo el sistema financiero el que puede funcionar a base de este pasivo captado por el banco, que financia las operaciones de los sujetos deficitarios.

Existe una diferencia fundamental entre dos formas de instrumentar estos "depósitos", en función del momento en el que el cliente puede solicitar la entrega parcial o total del *tantundem*. En los depósitos "a la vista", tal solicitud puede realizarse en cualquier momento, y además puede retirar toda la cantidad entregada o sólo parte de la misma; para permitir esa disponibilidad de muy distintas maneras, el depósito suele ir asociado a un contrato de cuenta corriente. En los depósitos "a plazo" (también llamados en la jerga bancaria "imposiciones"), en cambio, existe un plazo fijado de duración de modo que el cliente no puede retirar antes el dinero, ni el banco liberarse anticipadamen-

te. La restitución de la cantidad se realiza de una sola vez llegado el término pactado, de forma que no se vincula el depósito con una cuenta corriente, ni se ofrece servicio de caja.

El interés pagado por el banco en los depósitos a la vista suele ser mínimo, precisamente porque, como debe tener esas cantidades a disposición del cliente en todo momento, no puede invertirlos a largo plazo (aunque, en realidad, conforme a un cálculo estadístico sólo retiene una cantidad muy pequeña de todo el dinero que ha recibido "a la vista"); además, el servicio de caja mediante la cuenta corriente asociada al depósito supone unos costes estructurales que justifican esa menor retribución por la vía del interés. El interés pagado por la entidad de crédito en los depósitos a plazo es más elevado, porque sí puede invertir esos fondos a medio plazo y obtener así una mayor rentabilidad; y, desde luego, porque si no la operación no sería atractiva para el cliente. De todas formas, actualmente la retribución de los depósitos a plazo fijo es también muy baja y muy inferior a lo que era usual en otras épocas de mayor bonanza económica. En ocasiones, la retribución pactada para el cliente no consiste en un interés ya prefijado, sino en la media de la variación de ciertos índices financieros (cotizaciones de ciertas entidades, índices bursátiles, etc.), y a tales depósitos se les suele denominar "depósitos estructurados" o "productos estructurados".

Un aspecto regulado normativamente es el relativo a los fondos de garantía de depósitos. Para dar mayor seguridad y estabilidad al sistema financiero, desde antiguo se planteó la exigencia de constituir un Fondo por parte de todas las entidades con el cual poder devolver a los clientes una cantidad mínima en el supuesto de insolvencia de su depositario. Actualmente este Fondo se halla regulado en el Real Decreto Ley 16/2011, de 14 de octubre. El mismo garantiza al cliente la devolución del saldo hasta una cuantía máxima de 100.000 € en los casos de insolvencia de la entidad de crédito. Por el resto de la cuantía ingresada por el cliente, en su caso, éste concurriría al concurso de la entidad como un acreedor más.

8.4.2. Naturaleza jurídica

Como se aprecia, el uso del vocablo *depósito* para estas operaciones resulta totalmente impropio. Es obvio que el banco no sólo no "guarda" el dinero, sino que además se parte de que lo va a utilizar para prestarlo a otros clientes (ésta es su función caracterizadora). Además, el dinero del cliente se hace de titularidad de la entidad de crédito, y el cliente adquiere a cambio un derecho a la restitución de la misma cantidad. Por eso la doctrina mayoritaria coincide en señalar que no estamos ante un verdadero depósito; e, igualmente, en diferenciar la naturaleza jurídica de los depósitos a la vista y de los depósitos a plazo. En éstos es fácil asimilar la figura a un contrato de préstamo (el cliente entrega un dinero, y el banco se compromete a devolverlo en un plazo más un interés). En los depósitos a la vista existen elementos de mandato (el banco cumple órdenes de pago del cliente), y en algunos casos de préstamo. Más que la custodia del dinero, se busca obtener el servicio de caja y la posibilidad de disponer de los fondos de distintas maneras, así como de realizar ingresos que incrementen el saldo existente.

Esta cuestión de la naturaleza jurídica no es puramente teórica, un simple "divertimento" para los científicos del derecho, sino que responde a una necesidad práctica importante. En efecto, si consideramos que estos depósitos son

verdaderos depósitos, sería aplicable el mandato del art. 1200 CC, conforme al cual las deudas provenientes del depósito no se pueden compensar. De acuerdo con ello, las entidades de crédito no podrían compensar saldos positivos de depósitos bancarios con otras deudas del cliente frente al propio banco. La postura mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia (en este sentido, STS 19 septiembre 1987 ó 10 enero 1991) es que no nos hallamos ante verdaderos depósitos, y el banco puede compensar.

8.4.3. Pignoración de saldos bancarios

Aparte de que los depósitos de dinero permiten que las entidades de créditos cumplan su función de intermediación indirecta en el crédito, alcanzan enorme relevancia porque muy comúnmente son utilizados como garantía del pago de deudas. Muy frecuentemente la empresa que pide dinero prestado tiene cuentas con saldos positivos, y lo que hace es "pignorar" tales saldos, de forma que, si no devuelve lo prestado, el banco podría resarcirse cobrándose con la cuantía correspondiente de los depósitos del cliente. La ejecución de la prenda se convierte, simplemente, en un cargo en la cuenta del cliente, tomando el dinero correspondiente.

La naturaleza jurídica de esta singular prenda ha sido muy discutida en la doctrina. La postura mayoritaria en la actualidad, al menos entre los mercantilistas, es la que considera que nos hallamos ante una prenda de créditos; lo pignorado es el crédito de restitución del depositante. La jurisprudencia ha acabado reconociendo sin problemas la validez de la pignoración de saldos bancarios ya desde la STS 19 septiembre 1987, doctrina que ha reiterado y desarrollado en las SSTS 19 abril 1997, 7 octubre 1997 y 25 junio 2001.

8.5. Operaciones bancarias neutras

8.5.1. Concepto y caracterización general

Tradicionalmente, las operaciones neutras eran consideradas casi como algo ajeno a la actividad bancaria, un complemento de la misma articulado para ofrecer al cliente un servicio completo. La actividad bancaria propia se consideraba la intermediación en el crédito, la recepción de dinero mediante depósitos para luego prestarlo en las operaciones activas, y obtener la ganancia por el margen de intermediación. Sin embargo, desde mediados de los años ochenta, este margen ha ido estrechándose cada vez más, a causa de la liberalización de los tipos, de la competencia feroz entre productos de las distintas entidades, y también por la tendencia a la baja del precio del dinero. Esto ha provocado que las entidades de crédito hayan vuelto su vista hacia las operaciones neutras como forma de obtener unas ganancias que ya no se logran en las operaciones activas y pasivas.

En las operaciones neutras el banco no realiza una actividad crediticia, sino que presta un servicio distinto, como comisionista, depositario, administrador o simple gestor de cuentas. Son necesarias para que el cliente obtenga un servicio completo, y también para que la banca pueda realizar cualquier tipo de operación (principio de "banca universal") con el que obtener ganancias.

De todas formas, existen operaciones que pueden ser operaciones activas o neutras en función de su modalidad. Así ocurre con las tarjetas bancarias, operaciones neutras en las tarjetas de débito, de compra y de cajero; y operaciones activas en las tarjetas de crédito. También sucede con el crédito documentario, que es una simple intermediación en el pago si el banco paga con fondos del ordenante; y en cambio se convierte en verdadero crédito, y operación activa, si el banco anticipa los fondos y luego los reclama al ordenante.

8.5.2. Transferencias bancarias

La transferencia bancaria es una operación mediante la cual un cliente bancario dispone de una cantidad de dinero depositada en su cuenta, ordenando a su banco que la ingrese simultáneamente en otra cuenta, del mismo cliente o de un tercero, en el mismo u otro banco. Se integra como uno más de los servicios componentes del servicio de caja, de forma que el cliente puede disponer de su dinero mediante cheques, pagos con tarjetas o, como en este caso, órdenes de transferencia.

Normalmente se distingue entre transferencias internas y externas. Aquéllas son las que se realizan entre cuentas de una misma entidad bancaria, por lo que la operación resulta sumamente sencilla (cuando son cuentas del mismo cliente se habla, en el argot bancario, de "traspaso"). En cambio, en las transferencias externas la cuenta en la que se abona la cantidad es de un banco distinto al banco del ordenante, por lo cual existen dos entidades bancarias implicadas. A su vez, las externas pueden ser nacionales o transfronterizas. Las nacionales suelen denominarse usualmente "transferencias directas", pues se realizan utilizando un sistema de compensación electrónica que permite un cargo y abono casi simultáneos, rápidos y seguros. En cambio, la transferencia transfronteriza es indirecta, porque suele intervenir un tercer banco, normalmente el banco central del país del cliente ordenante.

Las transferencias en las que los bancos de ordenante y beneficiario son de distintos países tienen, lógicamente, una complejidad mucho mayor. Precisamente como un modelo para regularlas se aprobó la Ley Modelo de UNCITRAL sobre las Transferencias Internacionales de Crédito, de 15 mayo de 1992. En el seno de la Unión Europea, para regular y agilizar los pagos mediante transferencias transfronterizas intracomunitarias, se han dictado varias normas, la última de las cuales es la Directiva (UE) 2015/2366, que ha sido traspuesta en España mediante el Real Decreto Ley 19/2018 antes citado. Para los países del Espacio Económico Europeo, Suiza y Mónaco existe un área de pago única (la SEPA, *Single Euro Payment Area*) para facilitar la gestión y abaratar los costes de las transferencias entre residentes en tales países.

Una de las características esenciales de la transferencia es su autonomía respecto de la relación subyacente existente entre ordenante y beneficiario (cuando éstos son personas distintas, que es lo más común). Esto quiere decir que la orden de transferencia recibida por el banco es independiente de las vicisitudes de la relación subyacente aludida. Si, por ejemplo, el banco que recibe la orden de transferencia ha realizado la misma, el ordenante no podría revocar

la operación alegando que la operación subyacente se frustró; la entidad bancaria ha cumplido su encargo, tiene derecho a su comisión, y será el ordenante el que deba reclamar al beneficiario, en su caso, el cobro de lo indebido o el enriquecimiento injusto. El banco desconoce las razones por las que se efectúa la transferencia, que además para él son totalmente irrelevantes. Esta característica ha sido resaltada por el Tribunal Supremo en su Sentencia 10 abril 1995.

8.5.3. Contratos de "custodia" de bienes. Depósitos cerrados. Depósitos administrados

Tradicionalmente, los bancos prestaban un servicio de custodia de los llamados "depósitos cerrados", de continentes cerrados, sellados y lacrados, que eran entregados a la entidad para su guarda. El banco desconocía el contenido, y se limitaba a guardar el recipiente con los bienes integrados secretos. Este contrato era un depósito típico, caracterizado por la obligación de custodia, y al mismo se refiere el art. 310 CCo. Hoy en día estos depósitos están en total desuso, suplantados por el sistema de alquiler de cajas de seguridad.

Otra de las modalidades de custodia típica de los bancos ha sido siempre el depósito y administración de títulos-valores. Sobre todo antiguamente, cuando las acciones eran títulos físicos que debían ser manipulados para ejercer los derechos inherentes (corte y presentación de cupones), los particulares titulares de acciones no las guardaban ellos mismos, dados los problemas de custodia y de diligencia en la administración. Encargaban típicamente a las entidades de crédito esa guarda de los títulos, así como el ejercicio de los derechos inherentes en nombre y por cuenta del socio deponente. Se hablaba, así, de "depósito administrado" o "depósito abierto", pues el banco no solamente guardaba el título, sino que además se comprometía a estar al tanto de las fechas de ejercicio de los derechos para ejecutarlos por cuenta del socio o comunicarle a éste la situación, según el tipo de derecho. Hoy en día, sin embargo, el hecho de que los títulos-acciones ya no sean, en su mayoría, títulos físicos (al menos, todos los títulos que cotizan, que son precisamente los que están dispersos entre el público), hace que no sea precisa su custodia material ni tampoco su manipulación.

Actualmente los títulos se representan mediante anotaciones en cuenta, y es la entidad encargada del registro contable la que realiza las labores propias de ejercicio de los derechos por cuenta del titular. La custodia y administración de instrumentos financieros por cuenta de clientes constituye un "servicio auxiliar" de los servicios de inversión (art. 141.a LMV), que sólo puede ser realizado por entidades expresamente autorizadas e inscritas para realizar esa labor (arts. 143 y 145 LMV). Si bien las entidades de crédito pueden realizar esta labor, lo más común es que no lo hagan directamente.

8.5.4. Cajas de seguridad

Como se acaba de señalar, los depósitos cerrados han sido relevados por el uso de cajas de seguridad. En estos negocios el cliente contrata con el banco el alquiler de una caja que, a su vez, se integra dentro de un espacio común de

cajas de seguridad custodiado por sistemas sofisticados. Lo esencial es que sólo el cliente conoce qué se guarda en la caja, pues él es quien realiza el ingreso o retirada de los objetos.

La discusión "clásica" en esta materia es la relativa a la naturaleza jurídica del negocio. Si exacerbamos el elemento de guarda y custodia de las cajas podríamos pensar que estamos, básicamente, ante un depósito (arts. 1758-1780 CC), con ciertos matices derivados de la operativa ordinaria; si, en cambio, consideramos que el cliente lo que hace es pagar por el uso de una caja, de una parte del sótano de la entidad, estaremos ante un contrato de arrendamiento de cosa (arts. 1546-1574 CC).

Las obligaciones del banco, lógicamente, difieren bastante en cuanto a la diligencia exigible si consideramos que es un depositario o un simple arrendatario. En general, la doctrina española parece decantarse actualmente por considerar que estamos ante un contrato mixto, con una causa única en la que se fusionan la causa del depósito y la de cesión de uso. En todo caso, debe tenerse en cuenta que, aparte de la obligación de guarda derivada de esa causa única mixta, existe toda una serie de normativa jurídico-pública acerca de las medidas de seguridad que deben tomarse en los bancos que logra el mismo resultado (*vid.* especialmente, art. 26 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de abril, de protección de la seguridad ciudadana).

Desde el punto de vista jurídico, la cuestión más importante en esta materia es la relativa a la responsabilidad de la entidad de crédito en los supuestos de hurto o robo de los contenidos de las cajas. En primer lugar, lógicamente el usuario debe probar dichos hurto o robo (lo cual será fácil si todas han sido abiertas o forzadas). Acreditada la sustracción, con distintos fundamentos la doctrina y la jurisprudencia concluyen que el banco no responde de los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, bien por aplicación de las reglas del depósito, bien por aplicación de las reglas generales de las obligaciones y contratos. Eso sí, a él corresponderá el demostrar que tenía los sistemas de seguridad exigibles y en perfecto funcionamiento (a estos efectos, p. ej., el atraco es un caso fortuito, pero si las alarmas instaladas no funcionan y, por lo tanto, ningún remedio existe ante tal atraco, respondería el banco). En tercer lugar, para que el cliente puede reclamar el importe de lo que, supuestamente, había en su caja, deberá acreditar, precisamente, que lo había, que eso estaba allí. Y es lógico que esa prueba le corresponda a él, pues sólo él podía manipular el contenido, y el secreto consustancial a estos contratos así lo implica. Sin embargo, la sorprendente STS 4 noviembre 2008 aplicó el criterio del art. 1769.3 CC, conforme al cual la afirmación del cliente es suficiente, y la entidad de crédito debería aportar indicios que destruyan esa afirmación. En la práctica, las dificultades de prueba se intentan soslayar pactando en el contrato que, en caso de sustracción, la entidad satisfará una cantidad máxima pactada o que el cliente no podrá ingresar objetos que exceden de un valor total concreto. Si dichas cláusulas fueran "no negociadas individualmente" con consumidores, cabría plantear su posible carácter "abusivo" (pues se "impone" al cliente no recuperar un valor real, sino un valor limitado o prefijado). Por otra parte, es muy común que en estos contratos el cliente contrate además un seguro (que,

éste sí, tendrá una suma asegurada concreta, y fijará las formas de acreditación del valor de lo perdido), que respondería hasta el límite fijado de posibles susstracciones.

8.5.5. Mediación en la emisión de valores y asesoramiento de inversión

Dada su particular posición, los bancos pueden operar como intermediarios óptimos entre los empresarios que desean colocar bonos en el mercado, y los inversores que buscan títulos de alta rentabilidad. Se llama "mercado primario" a aquel en el que se emiten los valores y los "suscriben" (los adquieren por primera vez) los inversores. Se produce, normalmente, cuando una empresa emite acciones para aumentar su capital, o emite obligaciones para lograr financiación. Puede que esa emisión la suscriban directamente personas concretas, pero lo más común es lanzarla como una "oferta pública de suscripción" (OPS), de forma que se da un plazo para que cualquier interesado pueda suscribir el número de valores que desee. Esa oferta debe cumplir unos requisitos fijados legalmente, y está supervisada por la CNMV.

A veces no se hace OPS porque, p. ej., la ampliación de capital la suscriben totalmente todos los socios, que ejercitan su derecho de suscripción preferente; o porque la emisión se hace para que entre un inversor concreto como socio, para lo cual se suprime el derecho de suscripción preferente de los socios.

Normalmente, para colocar los valores los emisores contratan a intermediarios financieros (sociedades y agencias de valores, entidades de crédito, etc.) para que encuentren a los posibles suscriptores y gestionen su suscripción. Estos contratos, que engloban varias modalidades, se suelen denominar "de dirección, colocación, o coordinación de emisiones de valores". El intermediario puede comprometerse a colocar todos los valores, a que todos se suscriban, y en tal caso la colocación está "asegurada".

Normalmente los intermediarios que actúan son varios, y uno de ellos dirigirá y coordinará a los demás. A menudo, además, el director de la operación habrá hecho estudios de mercado para saber qué tipo de valores emitir, o habrá realizado las gestiones necesarias para realizar la emisión.

El aseguramiento de la colocación lo puede arrostrar el intermediario, bien porque suscribirá los valores para los que no encuentre suscriptor, bien porque los colocará en los fondos de inversión que, de forma indirecta, suele gestionar.

A menudo el emisor de valores pedirá a una empresa especializada que estudie su solvencia y dé su opinión pública acerca del nivel de fiabilidad de la inversión (esto es, de la seguridad de que el dinero pagado por las obligaciones, p. ej., y sus intereses, serán hechos efectivos a su vencimiento). A esta operación se la llama "calificación de la emisión" y a las entidades que las realizan "entidades de *rating*" (como Moody's, o Standard&Poors). De esta forma el inversor tiene el criterio de una empresa especializada y puede confiar en que la inversión es segura.

Últimamente, y como parte de una "atención integral al cliente", las entidades de crédito han actuado como asesoras en la inversión en instrumentos financieros de muy diverso tipo (participaciones preferentes, acciones, bonos y obligaciones, participaciones en fondos de inversión, etc.), actividad que constituye un "servicio de inversión" que puede ser realizado, con ciertos requisitos, por las entidades de crédito (art. 140.f LMV). Como esa actuación afecta a "instrumentos financieros", se rige por toda la normativa del mercado de valores, que obliga a "conocer al cliente" y a someterle a una serie de tests para determinar cuáles son sus conocimientos financieros y sus preferencias de inversión, y asesorarle así sólo acerca de productos que sean idóneos para su perfil inversor (véanse arts. 202 y sigs. LMV, que diferencian entre "clientes minoristas" y "clientes profesionales", y específicamente el art. 213 LMV acerca de la "evaluación de la idoneidad" para realizar el servicio de asesoramiento en materia de inversiones. Todas estas reglas suponen la concreción del paquete de regulación comunitaria denominado MiFID).

Resumen

Es común que consumidores y empresarios precisen dinero para realizar gastos o inversiones, dinero del que no disponen ahora, pero que consideran que podrán devolver más adelante, en el momento pactado, con los ingresos que generen entretanto. Esta financiación puede lograrse o bien acudiendo al mercado de crédito (normalmente, financiación bancaria), o bien acudiendo el empresario al mercado de valores y emitiendo títulos por los que obtiene ahora dinero con el compromiso de reembolsarlo en el futuro, más un interés.

Dentro del mercado de crédito, la forma normal de obtener financiación es pedir un préstamo o crédito. El concepto de préstamo o mutuo está contenido en el Código civil, existiendo regulaciones del préstamo civil (la básica), del préstamo mercantil (con algunas especialidades no muy relevantes), del préstamo bancario (en el cual, junto al préstamo, se opera a menudo mediante créditos, y cuando la cuantía es muy grande suelen actuar como prestamistas un conjunto de bancos concertados entre sí), del préstamo al consumidor (con especialidades muy relevantes en cuanto a la necesidad de informar de la TAE, de la oponibilidad al financiador –en ciertos casos– de las mismas razones de pago que se tienen frente al vendedor/prestador del servicio, o del límite de tipo de interés en los créditos concedidos mediante descubiertos), y de los préstamos hipotecarios.

A menudo la devolución del préstamo se garantiza mediante el compromiso de un tercero de que satisfará el importe si no lo hace el deudor (garantía personal). La garantía personal básica es la fianza, caracterizada por la accesoriedad: el fiador responde de lo mismo que responde el deudor. Pero junto a ella existen otras figuras de garantía distintas: la que asume un garante de pagar, con independencia de lo que ocurre en la relación interna deudor-acreedor (garantía independiente), o la que asume la sociedad madre en ciertos casos de préstamos a sus filiales (cartas de patrocinio).

En este mercado de crédito tienen especial importancia las entidades de crédito (bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito), que reciben dinero de los ahorradores en forma de depósitos, y lo prestan a los sujetos deficitarios. Además prestan una labor muy importante intermediando en los pagos, mediante las operaciones que se realizan en cuentas corrientes, o permitiendo el pago mediante tarjetas de crédito o mediante créditos documentarios.

Actividades

1. Ved en prensa económica los distintos *rankings* de bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito, normalmente ordenados en función del montante total de depósitos y de créditos obtenidos y concedidos por cada uno, y valorad cuánto dinero real existe emitido y cuánto dinero fiduciario es el que circula.
2. Buscad en Internet información sobre el llamado "caso Opening", y valorad alguna de las sentencias recaídas o de los dictámenes emitidos.
3. Leed las SSTS 17 marzo 1999, 20 noviembre 1999 (RJ 1999/8615) y 16 mayo 2000 (RJ 2000/5082), sobre *lease-back* como formas de encubrir préstamos garantizados con pacto comisorio.
4. Leed las SSTS 16 diciembre 1985 (RJ 1985/6442) y 13 febrero 2007 (RJ 2007/684), sobre cartas de patrocinio débiles, y la STS 30 junio 2005 (RJ 2005, 5089), sobre cartas de patrocinio fuertes.
5. Leed las SSTS 27 febrero 1984 (RJ1984/813) y 7 julio 1992 (RJ 1992/6188), sobre cuentas corrientes indistintas y fallecimiento de uno de los cotitulares. Ved también el libro de José María Muñoz Planas; José María Muñoz Paredes (2003). *Cuentas bancarias con varios titulares* (2.ª ed.). Madrid: Civitas, y los distintos supuestos problemáticos que plantean las cuentas indistintas.
6. Acudid a la web del Servicio de Reclamaciones del Banco de España (www.bde.es/webbde/es/secciones/servicio/reclama/reclama.html), y examinad cláusulas bancarias problemáticas y las valoraciones sobre las mismas del Servicio.
7. Ved la Decisión de la Comisión Europea 2002/914/CE, de 24 julio, de autorización singular de los acuerdos de la entidad Visa International, y las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 abril de 2005, sobre la autorización singular de dos redes de tarjetas bancarias.
8. Leed la STS 25 noviembre 2004 (RJ 2004/1131), sobre diligencia del banco descontante en la presentación de los créditos cedidos.
9. Leed la STS 19 septiembre 1987 (RJ 1987/6069), sobre naturaleza jurídica del depósito bancario de dinero y sus consecuencias.

Ejercicios de autoevaluación

1. Un particular consulta a su banco cómo invertir unos ahorros, y siguiendo su consejo adquiere obligaciones de una empresa (las obligaciones las adquiere el banco en nombre y por cuenta del cliente). Llegado el vencimiento, la empresa cae en concurso y no hace frente a la devolución del principal. ¿Puede el particular reclamar al banco tal devolución?
2. Hemos prestado dinero a un empresario amigo nuestro para su actividad, y establecimos verbalmente que nos pagaría un 5% de interés anual. Llegado el vencimiento pactado, no paga nada. ¿Se le podría reclamar interés?
3. Al adquirir un vehículo, el vendedor indica al comprador que el Banco X concede financiación para la adquisición, y el cliente acude a dicho banco y obtiene financiación para pagar la compra. A los pocos días el vehículo se estropea por un defecto de fabricación, por lo que finalmente se resuelve el contrato de compraventa. ¿Deberá pagar el comprador el préstamo al banco?
4. Declarado el concurso del arrendatario de un bien que lo usa a través de un contrato de *leasing*, ¿podrá la empresa de *leasing* recuperar el bien?
5. Un fiador de fianza mercantil solidaria ¿podrá oponer al acreedor las excepciones al pago que podría oponerle el deudor principal (por ejemplo, por haberse resuelto el contrato del que nació la deuda)?
6. Las entidades de crédito ¿reparten los beneficios entre sus socios?
7. Juan y María son novios y tienen una cuenta indistinta, en la que ingresan sus nóminas. Rota su relación sentimental, ¿podrá María retirar la mitad del saldo existente en la cuenta?; ¿cuánto de ese saldo es suyo?

8. El banco ha emitido un crédito documentario a favor de un comerciante noruego por importe de 20.000 euros. El empresario español ordenante del crédito le ordena que no lo pague, por haber llegado la mercancía en malas condiciones. ¿Qué debe hacer el banco?

9. Se han descontado unos créditos en el banco, y, llegado su vencimiento, el deudor de los créditos descontados no los satisface. ¿A quién podrá reclamar el banco?

10. Alicia tenía ingresada en una caja de seguridad de un banco las joyas de la familia, valorables en 300.000 euros. Todas las cajas de seguridad han sido robadas, existiendo denuncia ante la Policía de la pérdida sufrida. ¿Cuánto podrá reclamar Alicia al banco?

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. El particular no puede reclamar la devolución, pues en el mercado de valores el intermediario no responde de la operación realizada. El particular sí podría reclamar por otra vía, la responsabilidad contractual por mal asesoramiento, si en el momento de aconsejar la adquisición el banco debería haber sabido que la empresa emisora de los títulos estaba en dificultades.
2. El préstamo es mercantil, por lo que no cabe exigir intereses remuneratorios (habría hecho falta el pacto por escrito). Sí cabe exigir intereses de demora, pero sólo desde el vencimiento y al interés legal.
3. Si el comprador fuera consumidor y si se cumplen todos los requisitos del art. 29 LCC (entre los cuales está el acuerdo previo entre el banco y el vendedor), sí podrá oponerse.
4. Podrá recuperar el bien si el contrato se formalizó en documento que lleva aparejada ejecución o se inscribió en el registro de bienes muebles, si bien puede que durante un año quede en suspenso esta facultad (disp. adic. 1ª LVPBM y art. 56.1 LConcursal). Si no recupera el bien, para cobrar lo adeudado la empresa de *leasing* es un acreedor con privilegio especial (art. 90.1.4º LConcursal).
5. Sí podrá oponerlas, *ex art.* 1853 CC. Ni el hecho de ser mercantil ni el de ser solidaria es relevante a estos efectos. Sería distinto si se tratara de una garantía independiente.
6. Los bancos, sí. Las cajas de ahorro, como fundaciones que son, ni tienen socios ni reparten beneficios: reinvierten los beneficios en su obra social. Las cooperativas de crédito no reparten beneficios, realizan un "retorno cooperativo" a los socios en función de la medida en la que han intervenido en la actividad cooperativa.
7. María puede retirar todo el dinero, pues el banco se ha obligado frente a cualquiera de ambos a darles la cantidad que deseen. Cuestión distinta es cuánto dinero sea suyo: será el que corresponda en función de los ingresos y detracciones que ella realizó. Por el mero hecho de la apertura de la cuenta, el dinero no es de copropiedad de ambos.
8. El banco debe satisfacer el crédito, pues ya se ha obligado frente al comerciante noruego. Será, en su caso, el empresario español quien deberá reclamar al noruego porque la mercancía era de mala calidad.
9. Puede reclamarlos al deudor de los mismos y al cliente descontentado, que responde del impago (salvo que se haya pactado un descuento "sin recurso").
10. Si no ha existido negligencia del banco en la custodia de las cajas, éste no responde. Alicia podrá reclamar, a la entidad que asegura el contenido de las cajas si realizó un contrato de seguro (normalmente se realiza en todo contrato de caja de seguridad), el importe que ahí venga estipulado.

Glosario

anatocismo Supuesto en el cual a los intereses ya vencidos y no satisfechos se les aplica el tipo de interés.

carta de patrocinio Carta que envía una sociedad madre a la entidad que está en vías de conceder financiación a una filial de aquélla, por la que la madre se presenta como tal y afirma su convicción de que la filial satisfará el crédito, o incluso se obliga de alguna forma a pagarlo ella si no lo hace la filial.

cláusula de estabilización Acuerdo entre las partes por el que se establece un referente conforme al cual se actualizará el valor dinerario pactado (p. ej., la cantidad prestada se actualizará anualmente conforme al incremento o disminución del IPC).

comodato Contrato mediante el cual una parte, llamada comodante, entrega a la otra (comodatario) alguna cosa no fungible para que la use de ella durante un cierto tiempo y la devuelva.

crédito documentario Contrato mediante el cual el cliente de una entidad de crédito da orden a ésta de realizar un pago a un tercero, cuando este tercero presente los documentos justificativos del cumplimiento de la obligación pactada entre cliente y tercero.

crédito sindicado Préstamo o crédito que, normalmente por su gran importe, es concedido por un grupo de entidades de crédito que actúan de forma concertada como si fueran un único prestamista.

descuento bancario Contrato mediante el cual una entidad de crédito anticipa a un cliente un crédito no vencido, descontando un porcentaje, y sin asumir el riesgo de impago del deudor principal.

factoring Contrato mediante el cual la empresa de *factoring* se ocupa del cobro de los créditos del cliente, previa cesión de los mismos, sin asumir el riesgo de impago por el deudor, y pudiendo anticipar al cliente el importe de dichos créditos.

fianza Contrato mediante el cual una persona, llamada fiador, se compromete frente al acreedor al pago de la deuda del deudor principal para el caso de que éste no lo realice, siguiendo la obligación del fiador las vicisitudes de la obligación principal y pudiendo negarse al pago por las mismas razones que podrían oponerse el deudor.

garantía autónoma o independiente Contrato mediante el cual una persona, llamada garante, se compromete frente a un acreedor al pago de la deuda de un deudor principal cuando el acreedor reclame tal pago, con independencia de las vicisitudes de la relación de deuda existente entre deudor y acreedor.

interés Cantidad añadida al principal de un préstamo que paga el prestatario, bien para que el prestamista obtenga una ganancia (interés remuneratorio), bien para compensar al prestamista en los casos de que el prestatario se demore en la devolución (interés moratorio).

lease-back Contrato mediante el cual el propietario de un bien lo vende a una empresa de *leasing*, obteniendo así su precio, y de forma simultánea se lo alquila a dicha empresa, satisfaciendo los plazos pactados para tal uso, y añadiendo una opción de compra del bien al finalizar el arrendamiento.

leasing Contrato mediante el cual un usuario ordena a la empresa de *leasing* que compre el bien al fabricante y luego le permita el uso del mismo por un tiempo determinado y pagando una renta en los plazos acordados, pactándose que terminado el arrendamiento el usuario dispone de una opción de compra del bien.

préstamo o mutuo Contrato mediante el cual una parte, llamada prestamista, entrega al prestatario dinero u otra cosa fungible, con obligación de devolver otro tanto de la misma especie o calidad.

tarjetas bancarias Documentos de plástico que permiten que su titular realice pagos u operaciones en los cajeros automáticos, comprometiéndose la entidad de crédito emisora a satisfacer tales pagos u operaciones, realizando después el correspondiente cargo en la cuenta del titular de la tarjeta.

tasa anual equivalente (TAE) Coste total de un préstamo o crédito, incluyendo todos los intereses, gastos y cargas que asuma el prestatario.

usura Es usurario el interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; el aceptado por el prestatario a causa de

su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; o aquel en el que se supone recibida mayor cantidad de la verdaderamente entregada.

Bibliografía

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

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

Carrasco Perera, Ángel (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*. Valencia: 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.; y otros (2007). "Contratos del mercado de crédito (contratos bancarios)". En: De la Cuesta Rute, J. M^a. (dir.); Valpuesta Gastaminza, E. (coord.). *Contratos mercantiles*, vol. III (págs. 77-340). Barcelona: Bosch.

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