TEMA 16. ALGUNOS TIPOS DE CONTRATOS BANCARIOS.

1. El contrato de cuenta corriente.

A) Introducción.

El pago de una obligación dineraria se hace, tradicionalmente, mediante la entrega de dinero, esto es, billetes o monedas de curso legal y se hace, directamente, por el deudor al acreedor. Sin embargo, cada vez con mayor importancia, acreedores y deudores acuden, para ejecutar los pagos, a la intervención de intermediarios (normalmente, bancos) que no entregan los billetes o las monedas al acreedor en nombre y por cuenta del deudor, sino que crean, a favor del acreedor un crédito que sustituye al que ostentaba el acreedor contra el deudor primitivo. En el nuevo crédito, el banco o el intermediario es el nuevo deudor. El tráfico de pagos se basa, pues y cada vez más, en anotaciones realizadas por bancos en *cuentas corrientes.*

B) Pacto de cuenta corriente y contratos en cuenta corriente.

Prima facie, una cuenta corriente bancaria es la expresión contable de las relaciones jurídicas existentes entre un banco y un cliente. Dicha expresión refleja un *crédito* (a favor del cliente o a favor del banco) que resulta de aplicar el mecanismo de la compensación a la relación jurídica entre el banco y el cliente. Pues bien, al acuerdo que prevé la compensación como mecanismo de liquidación de relaciones jurídicas sucesivas lo denominaremos *pacto de cuenta corriente*.

Se trata de un pacto -y no de un contrato- en la medida en que el acuerdo de compensación no puede tener existencia independiente de las relaciones contractuales entre las partes que lo adoptan. En efecto, para que pueda acordarse la compensación tienen que existir deudas recíprocas que compensar y estas deudas han de nacer de relaciones jurídicas previsibles o preexistentes al pacto. Sin un contrato del que nazcan las obligaciones compensables carece de sentido un pacto de compensación.

La confusión terminológica aparece cuando se denomina *contrato de cuenta corriente bancaria* propia a aquél por el que el banco se obliga a llevar a cabo operaciones de pago y cobro por cuenta del cliente a cambio de una remuneración consistente en comisiones (por cada operación realizada o por mantenimiento de la cuenta) y diferencia de intereses entre el pagado al titular de la cuenta y los intereses de mercado. Es decir, al contrato cuyo contenido consiste en la prestación por el banco del *servicio de caja* al cliente. Como podrá deducirse, el contrato celebrado entre las partes es, en realidad, un *mandato o comisión mercantil en cuenta corriente***.** Este uso del lenguaje sería simplemente una imprecisión que podríamos eliminar denominando al contrato como *contrato de servicio de caja***.**

En cuanto a la llamada *cuenta corriente mercantil*, es decir, el acuerdo entre dos comerciantes por el que someten a liquidación por compensación los créditos recíprocos que resultan de sus relaciones comerciales, no hay razón para no considerarla como un *pacto de cuenta corriente* añadido a las relaciones comerciales entre las partes. Pacto, que desde el punto de vista de la función económica a la que sirve, no puede distinguirse del asociado a un contrato bancario, por lo que, a nuestro juicio, puede prescindirse de la distinción.

C) El servicio de caja: caracteres del contrato.

El *elemento definitorio* (causa) del contrato que examinamos es el *servicio de caja*. En función de éste, hemos señalado que la calificación más correcta es la de mandato o comisión (STS 19.11.1995 y 21.11.1997). El banco, por razón de este contrato, se convierte en agente del cliente en el tráfico de pagos y de cobros, o en la gráfica expresión de Garrigues, "se obliga a hacer de su caja la caja propia del cliente". Gracias a este servicio, el cliente puede pagar y cobrar sus deudas y créditos con terceros sin necesidad de movimiento físico personal o de los fondos.

En la medida en que la apertura de cuenta corriente conlleva que el cliente deposita un dinero –o valores- en el banco, puede aplicársele la noción que hace la propuesta de Código Mercantil del *contrato de depósito de dinero* (artículo 572-1).

D) Pluralidad de titulares.

En caso de *pluralidad de titulares* las relaciones jurídicas se hacen más complejas, porque resulta necesario distinguir las relaciones *entre los cotitulares*, las relaciones de éstos *con el banco* y las relaciones de los cotitulares *con terceros* (acreedores o deudores de los cotitulares).

1) Los cotitulares, *entre sí*, tienen una *sociedad interna* cuyo *fin común* es organizar su tráfico de cobros y pagos.

2) En lo que se refiere a las *relaciones de los cotitulares con el banco*, estamos en presencia de un *contrato* (de mandato) con pluralidad de mandantes y no meramente ante un *crédito con pluralidad de acreedores* que es la calificación más habitual en la doctrina.

3) Por último, en lo que se refiere a las *relaciones entre cotitulares y terceros*, se admite generalizadamente que los terceros pueden pedir el embargo de los saldos contenidos en cuentas corrientes de las que sean titulares sus deudores, lo que puede suponer -si en las relaciones internas los fondos han sido aportados exclusivamente por uno de los cotitulares- que se embargue un crédito (contra el banco) que en las relaciones internas entre cotitulares no corresponde al embargado.

Las relaciones *entre los cotitulares y el banco* puede organizarse bajo la forma de *cuentas mancomunadas*, es decir, aquéllas en las que todos los mandantes - cotitulares han de dar las órdenes al banco conjuntamente para que el banco tenga obligación (y esté legitimado) de cumplirlas o *cuentas indistintas*, es decir, aquéllas en las que la actuación de cualquiera de los mandantes - cotitulares vincula a los demás frente al banco. A falta de pacto expreso debe entenderse que estamos ante una cuenta mancomunada ya que ésta es la forma que garantiza una mayor protección de los cotitulares. En las *cuentas indistintas* cualquiera de los titulares puede dar órdenes al banco mientras que las *cuentas mancomunadas* se caracterizan porque el ejercicio de la titularidad debe realizarse conjuntamente por todos los cotitulares frente al banco.

E) Compensación entre cuentas corrientes y prenda de saldos.

De acuerdo con los condicionados generales, la *compensación* propia de la cuenta corriente se extiende a todas las cuentas (posiciones) que ostente el titular frente

al banco, de forma que los bancos se reservan la facultad de efectuar traspasos entre cuentas cuando alguna de ellas presenta un saldo favorable al banco ("números rojos"). La cláusula correspondiente de los formularios se limita a aclarar que la compensación entre cuentas no es automática de forma que se mantienen (relativamente) independientes los saldos de cada una de ellas (comunicándolas por orden expresa del cliente -traspaso- o por voluntad del banco en caso de falta de saldo en alguna de ellas). Esta separación relativa es conforme con la voluntad presumible de las partes y útil en el plano de la contabilidad, dadas las eventualmente distintas condiciones de cada cuenta.

F) El valor probatorio de los saldos.

Dado que es necesario determinar en cada momento el saldo porque éste resulta automáticamente de la compensación de abonos y cargos en la cuenta, tiene gran importancia en las cuentas bancarias la determinación del *valor probatorio de los saldos comunicados por el banco* y el silencio frente al envío de dichos saldos por el banco al titular. No parece caber duda de la existencia de un deber de respuesta (ex art. 57 C. Com.) por parte del titular de la cuenta en caso de disconformidad con el saldo enviado por el Banco.

G) Los descubiertos en cuenta corriente.

Los descubiertos no constituyen, en principio, un préstamo que el cliente hace al banco, sino anticipación de la provisión por parte del comisionista (arts. 250 y 251, y 278 C. Com.). Esta calificación es, además, la más conforme con la voluntad presumible de las partes. Cuando un banco paga un recibo a pesar de que no hay fondos suficientes en la cuenta en la que el recibo está domiciliado, el banco no está otorgando un préstamo por tiempo indeterminado. El banco "quiere" atender a las órdenes correspondientes de su cliente (descontando letras o atendiendo cheques u órdenes de domiciliación de adeudos) y, a tal efecto, adelanta los fondos necesarios.

2. La transferencia y la domiciliación de adeudos.

A) Concepto y caracteres.

Por transferencia se entiende aquel *medio de pago consistente en una orden dada al banco (banco emisor) por parte de un cliente (ordenante) a fin de que, con cargo a su cuenta, abone un determinado importe en otra cuenta del mismo o distinto banco (banco destinatario) abierta a nombre de un tercero (beneficiario) o del propio ordenante.*

La transferencia puede ser *esporádica* o *periódica*, *interna*, esto es, aquélla que se desarrolla entre dos sucursales del mismo banco (denominándose *traspaso* cuando se efectúa entre dos cuentas de la misma sucursal) o *externa* cuando la cuenta beneficiaria pertenece a un banco distinto. Puede ser igualmente *directa* cuando intervienen sólo dos bancos o *indirecta* si intervienen más de dos.

La transferencia *implica realizar el pago mediante la constitución de un crédito a favor del beneficiario-acreedor y a cargo, bien del banco emisor (transferencia interna), bien del banco destinatario (transferencia externa).*

La transferencia es un instrumento del tráfico de pagos. Su función económica consiste en la realización de pagos sin circulación de efectivo que se sustituyen por apuntes contables. Las ventajas para la clientela consisten en el ahorro de tiempo y esfuerzo y en la evitación de la circulación física del dinero y los riesgos adheridos. Si la transferencia tiene como función básica servir de instrumento al tráfico de pagos sin empleo de efectivo, cabe afirmar que a falta de regulación legal, una regulación conforme con la buena fe, los usos y la ley (art. 1258 CC y art. 2 C. Com.) *debería colocar al beneficiario de la transferencia como si hubiese cobrado en efectivo y al ordenante como si hubiese pagado en efectivo.*

B) Naturaleza jurídica de la transferencia.

La transferencia es una *delegación* que sirve a la ejecución de la *relación de valuta* entre ordenante y beneficiario (de la cual surge la obligación de pago que va a cumplirse a través de la delegación vgr. una compraventa o el contrato de arrendamiento del inmueble); la *relación de provisión* viene constituida por la orden de transferencia emitida por el delegante/ordenante al banco y la relación entre delegado (banco) y delegatario (beneficiario) que tiene diferentes construcciones en función de que se trate de una transferencia interna o externa.

C) La orden de transferencia y su ejecución.

La *orden de transferencia* constituye un encargo (en el sentido del art. 244 C.Com.) o un "mandato" (en el sentido del art. 1719.1º CC). El banco asume la realización de transferencias por cuenta del cliente como parte del contrato de servicio de caja. Por tanto, la transferencia no es sino una ejecución de obligaciones contractuales previamente asumidas de lo que se deriva su obligada ejecución por el banco si hay provisión de fondos. La orden de transferencia tiene carácter negocial, por lo que le son aplicables las normas sobre vicios del consentimiento. La orden puede darse en cualquier forma (escrita, telefónica, telemática). El banco comprobará la autenticidad de la orden y que existe saldo suficiente. El banco puede rechazar el encargo en caso de saldo insuficiente.

La falsedad de la transferencia (es decir, que el ordenante no sea el titular de la cuenta) es un riesgo a cargo del banco, porque, en principio, el deudor sólo se libera pagando al verdadero acreedor por lo que si el banco cumple una orden falsa, habrá de reintegrar en la cuenta correspondientes las cantidades cargadas. Una excepción a esta distribución de riesgos se produce en el caso de que el titular haya creado o elevado el riesgo de falsificación de forma imputable en el caso concreto.

El ordenante puede *revocar la orden* de transferencia en cualquier momento (art. 279 C.Com.) en tanto el banco no haya efectuado el abono en la cuenta del destinatario o haya dado la orden al banco destinatario o corresponsal, porque en tal caso, el banco ha cumplido ya el encargo y, consecuentemente, la revocación cae sobre vacío.

El banco ha de *ejecutar el encargo* de conformidad con las instrucciones del ordenante (arts. 254 y 255 C.Com.) y desplegar la diligencia de un "honrado banquero" y un "comerciante experto" que le obliga, básicamente a llevar a cabo la transferencia a la mayor brevedad posible.

En las *transferencias externas* intervienen, al menos, el banco emisor y el banco destinatario donde el beneficiario tiene abierta la cuenta en la que se ha de realizar el abono. En muchos casos, además, interviene un tercer banco, normalmente, corresponsal del banco emisor.

D) El abono en cuenta.

El crédito del beneficiario frente a su banco nace con el *abono en cuenta**,** es decir, cuando el banco destinatario abona en la cuenta del beneficiario la cantidad remitida por el banco ordenante**.*** Hasta ese momento, el banco destinatario no debe nada al beneficiario. Hasta ese momento, el deudor del beneficiario sigue siendo el ordenante. El efecto novatorio (extintivo de la obligación del ordenante sustituido por la obligación asumida por el banco destinatario) se produce con el abono en cuenta, de forma que el ingreso se hace irrevocable y el banco beneficiario no puede retrotraer los fondos sin autorización del beneficiario titular de la cuenta.

E) Domiciliación de adeudos o autorización de débito.

El instrumento del tráfico de pagos *más utilizado* en nuestro país y simétrico a la transferencia es la domiciliación de adeudos o recibos. Aquí la iniciativa para realizar el pago parte del acreedor que, previo acuerdo con el deudor (relación de valuta), envía, a través de su banco, la factura al banco del deudor quien extrae los fondos correspondientes y los transfiere al banco del acreedor (ej. Telefónica envía el recibo bimensual al banco del abonado. Este lo carga en la cuenta del abonado y envía los fondos a la cuenta de Telefónica en ese u otro banco). El procedimiento puede llevarse a cabo, igualmente, mediante el envío por el deudor a su banco de una autorización para que atienda el pago de los recibos presentados por el acreedor. La domiciliación de recibos facilita al deudor el cumplimiento puntual de sus obligaciones. El acreedor, sobre todo de pagos periódicos, no tiene que preocuparse de solicitar el pago en cada ocasión, pudiendo de esta forma prever más fácilmente sus flujos de liquidez.

3. Las tarjetas de crédito.

A) Introducción: naturaleza de las tarjetas.

Las tarjetas no son, en sí mismas, más que títulos de legitimación. Es decir, documentos que facilitan a un sujeto (acreedor) la prueba de que tiene derecho a recibir una prestación. Así, por ejemplo, la tarjeta de cajero automático no es mas que un documento que permite al acreedor (cliente) realizar órdenes de pago en el marco de un contrato de servicio de caja, es decir, el contrato de tarjeta de cajero automático no constituye un contrato independiente sino un mero pacto accesorio determinante de una *forma* en que el titular de la cuenta puede dar órdenes de retirada de fondos al banco.

Las tarjetas de compra que emiten muchas empresas de distribución al por menor (Tarjeta El Corte Inglés, por ejemplo), no son mas que documentos que legitiman al comprador para efectuar el pago de las mercancías adquiridas aplazadamente sin tener que hacer el pago en efectivo que se sustituye por un cargo/abono en la cuenta corriente del comprador. Jurídicamente, pues, el contrato de tarjeta no es mas que un pacto accesorio (marco) añadido a los contratos de compraventa y que, de acuerdo con el cual, el pago del

precio de las mercancías se articula mediante domiciliación de adeudos siendo la utilización de la tarjeta la forma de autorizar el adeudo.

Cuando la utilización de la tarjeta implica concesión de crédito, la tarjeta expresa la voluntad de las partes de otorgar el crédito y aprovecharlo respectivamente. Las tarjetas de débito de carácter general constituyen el documento que legitima al tenedor para dar órdenes contra una cuenta cuyo saldo periódico (mensual, normalmente) se liquida mediante el cargo en la cuenta corriente bancaria del titular. Cuando la tarjeta es de crédito, la tarjeta es el documento que legitima al titular para utilizar el crédito concedido por el banco emisor de la tarjeta. Por tanto, la relación a cuya ejecución sirve es una apertura de crédito.

Precisamente, en virtud de esta "capacidad" de crédito que otorga, y más en general, su calidad de instrumento de pago, es por lo que la propuesta de Código Mercantil las regula dentro del Libro VI (como veremos en el Tema 18, dedicado a los títulos-valores), dedicándoles todo el Título VII –absoluta novedad en nuestro ordenamiento jurídico-. Dado que lo esencial de las tarjetas es la legitimación para el ejercicio del derecho documentado, la regulación que se propone tiene por objeto ofrecer el concepto de estos instrumentos, clasificarlos a la luz de su función (de pago o de crédito) y establecer los efectos vinculados al requisito de la tenencia de la tarjeta en relación con el ejercicio del derecho que documenta el instrumento. Por otra parte, la asimetría posicional de las partes y, especialmente, la vulnerabilidad característica del contratante no profesional, aconsejan sustraer del ámbito de autonomía de la voluntad algunas cuestiones fundamentales relacionadas con la emisión, la tenencia y el uso de la tarjeta.

B) Relaciones contractuales en el empleo de tarjetas de crédito.

En la utilización de tarjetas de crédito típicas (Visa, American Express, Mastercard) se desarrollan tres relaciones. Por un lado, un contrato entre el banco emisor y el titular de la tarjeta (contrato de emisión), un contrato entre el banco y el establecimiento que va a admitirla como medio de pago (contrato de afiliación) y el contrato entre el titular de la tarjeta y el titular del establecimiento afiliado cuya prestación será pagada por medio de tarjeta (contrato de compraventa etc.) En función del tipo de tarjeta existirá una relación entre el titular de la tarjeta y la empresa emisora, o bien, una relación entre el titular de la tarjeta y una empresa franquiciada de aquélla.

El titular de la tarjeta, en principio, no puede exigir al establecimiento que acepte la tarjeta aún cuando así lo haya anunciado en la entrada del establecimiento. La razón se encuentra en el Derecho general de los contratos ya que nadie está obligado, en principio a contratar, por lo que si llegado el momento de hacer el pago el titular no acepta la tarjeta, habrá que considerar el contrato como no celebrado. En el caso de que, de acuerdo con los usos, el contrato haya sido ejecutado ya por parte del establecimiento (p. ej. en el caso de los restaurantes) en el momento de efectuar el pago, el cliente podrá exigir la aceptación de la tarjeta como medio de pago o, en caso contrario la posibilidad de pagar más tarde sin caer en mora.

C) Derechos del banco contra el titular de la tarjeta y uso fraudulento por terceros.

El emisor de la tarjeta o el banco tienen derecho a considerar los pagos realizados a través de cajero o de la presentación de la tarjeta en un establecimiento como órdenes de

pago realizadas por el titular de la cuenta y, por lo tanto, a reflejarlo en la contabilidad correspondiente.

Los supuestos más problemáticos son los de utilización de tarjetas por terceros indebidamente. En principio, la prueba de la realización del pago corresponde, según las reglas generales, al banco. El banco ha de probar, en primer lugar, que el cliente actuó, porque la prueba de la extinción de las obligaciones corresponde al que la alega. Pero tiene a su favor una prueba *prima facie* a través de la tarjeta y el número secreto -PIN- de manera que el cliente ha de demostrar que a pesar de tales hechos, él no utilizó la tarjeta.

Si al cliente le obliga físicamente un delincuente a extraer fondos del cajero o a utilizar la tarjeta de cualquier otra forma, habrá de sufrir él mismo el daño y no podrá traspasarlo al banco. Que a uno le roben o le amenacen es un riesgo de la vida diaria que ha de asumirse por cada cual. Del mismo modo que si a uno le roban por la calle dinero en efectivo. Si el cliente facilita el número secreto a un tercero y este utiliza la tarjeta estaremos en un caso semejante: el cliente ha infringido sus deberes contractuales y ha de asumir las consecuencias dañosas.

Ahora bien, *si la seguridad del sistema diseñado por el banco para la utilización de la tarjeta es deficiente* (no se exige identificación alguna al portador de la tarjeta y no es necesario dar el número secreto) *la exención de responsabilidad del banco es nula:* que exista un sistema de protección suficiente que impida abusos previsibles es una condición *sine qua non* de la *atribución* del riesgo (no de su desplazamiento).

Los casos más difíciles de resolver son aquellos en los que el tercero accede al número y la tarjeta de forma ilegal sin que pueda afirmarse que el titular de la tarjeta ha actuado negligentemente. En todo caso, los bancos no pueden excluir su responsabilidad por los pagos realizados a cargo de la cuenta *con posterioridad* a la comunicación realizada por el cliente de que le ha sido sustraída o ha perdido la tarjeta.

4. El préstamo.

A) Concepto, mercantilidad y caracteres.

Hay préstamo o mutuo siempre que una persona –prestamista- entrega dinero a otra con la obligación de ésta –prestatario- de devolver la cantidad entregada aumentada, si así se ha pactado, con los intereses.

En relación con la mercantilidad del préstamo, cuestión debatida durante mucho tiempo y que ha hecho correr ríos de tinta y dado lugar a todo tipo de posiciones doctrinales y resoluciones jurisprudenciales, este contrato no es atípico, sino que viene regulado en el –vetusto- Código de Comercio, que en su artículo 311 (¡verlo!) establece que ha de concurrir un doble elemento: el *subjetivo* (ser empresario o comerciante el prestamista o prestatario) y *objetivo* (destinarse el dinero recibido o cosa prestada a un acto de comercio).

Claro, en seguida se pregunta uno, ¿y quién es el que lleva a cabo este tipo de contrato con carácter general? Sin duda ninguna los bancos, las entidades de crédito; y, por tanto, ¿no sería más lógico que la regulación de los préstamos que conceden los bancos encontrara su acomodo en la regulación mercantil y no la civil?

Pese a que se ha intentado –vanamente- desde posiciones doctrinales civilistas mantener una interpretación literal del precepto, y la jurisprudencia no siempre ha sido clara en este sentido, en la actualidad –y con base en la histórica STS de 9 de mayo de 1944- puede afirmarse sin ningún lugar a dudas que cualquier préstamo que concede un banco, con independencia de cuál sea el objeto o el fin al que se destina el dinero recibido, es mercantil y por tanto sometido a la regulación del Código de Comercio (en virtud del art. 2) y no del Código Civil. Véanse, por ejemplo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4ª) de 18 de junio de 2001, núm. 312/2001; o la de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 7ª) de 17 de diciembre de 2003, núm. 272/2003, que examina la concurrencia de los dos requisitos mencionados del art. 311 C.Com.

Como el préstamo es un contrato *real* (se perfecciona cuando el prestamista entrega el dinero al prestatario, art. 311 y ss. C. Com.) no hay obligaciones a cargo del prestamista -ya ha entregado el dinero-. La obligación fundamental del prestatario es *restituir otro tanto de lo prestado,* por tanto, el capital y, en su caso los intereses, exactamente lo mismo que se le entregó (es decir, si se ha pactado la devolución en moneda específica, la moneda pactada y si no, moneda de curso legal). Rige, pues, el *principio nominalista,* de forma que si la moneda pactada sufre una devaluación, el daño es para el acreedor.

Hay reglas especiales en materia de *capacidad.* Así, el menor emancipado no puede tomar dinero a préstamo sin consentimiento de sus padres o en su defecto del curador (art. 323 y 286.1 CC), igual el que obtiene el beneficio de la mayor edad (323 y 292 CC).

En materia de *forma* rige el principio de libertad, pero debe recordarse que el art. 314 C.Com. exige el *pacto escrito* para el devengo de intereses. Debe tenerse en cuenta, además, que normas administrativas imponen -a las entidades de crédito- la celebración por escrito, que la forma escrita es exigida por la ley de crédito al consumo para los préstamos que entran dentro de su ámbito de aplicación y que la entrega al cliente de un ejemplar de las condiciones generales es un requisito de incorporación de las mismas (arts. 5 y 7 LCGC) y que el acceso al juicio ejecutivo requiere que en el contrato haya intervención de fedatario.

Por su parte, la propuesta de Código Mercantil regula el *contrato de préstamo mercantil* en el Capítulo III del Título dedicado a los contratos financieros, distinguiendo si es préstamo de dinero (art. 573-1 y ss.) o de otros bienes fungibles (art. 573-13 y ss.).

B) Los intereses.

Se exige un pacto expreso de las partes para que el prestatario deba *intereses* (en el caso del C de C por escrito), intereses que pueden ser *remuneratorios o moratorios.* Los primeros son los que se devengan en la fase normal de la ejecución del préstamo y como contraprestación por el uso del dinero ajeno. Los segundos se contraen como consecuencia del retraso en el incumplimiento. Los moratorios pueden ser considerados como una cláusula penal.

El tipo de interés puede ser *fijo o variable.* En el ámbito del préstamo a largo plazo es muy frecuente el recurso a un tipo de interés variable. Suma ventajas para ambas partes. El Banco, que se nutre de fondos disponibles a corto plazo tiene así la seguridad de que el rendimiento que obtendrá por su capital corresponderá en cada momento a sus costes de refinanciación. El cliente tiene asegurada así la financiación a largo plazo sin depender de

la voluntad de renovación del banco. La finalidad de las cláusulas es, pues, mantener *el equilibrio económico inicial* durante toda la vida del contrato.

La prohibición del anatocismo contenida en el art. 317 C.Com. plantea importantes problemas interpretativos. Básicamente, hay anatocismo cuando los intereses debidos por el uso de un capital no se amortizan en el momento en el que se devengan sino que se añaden al capital de tal forma que generan, a su vez, intereses. Es decir, anatocismo *es lo mismo que interés compuesto.*

A los efectos del cálculo de intereses, se considera como fecha de inicio del devengo la denominada *fecha valor*. El Derecho español vigente, al obligar a los bancos a calcular los intereses bajo la forma "TAE" (Tasa anual efectiva) está imponiéndoles el anatocismo, en concreto, "anatocismo anual" en cuanto les ordenan que fijen el tipo de interés según resulte de capitalizar *anualmente* los intereses y suponiendo que fueran pospagables. Hay, pues, un reconocimiento limitado de la capitalización de intereses.

5. La apertura de línea de crédito.

A) Concepto, función económica y naturaleza jurídica.

La apertura de crédito constituye una forma de préstamo que sustituye la entrega del dinero por la creación de disponibilidad de manera que el acreditado puede ir utilizando fondos en la medida en que los vaya necesitando y el banco entregándolos en la medida en que se le vayan solicitando. El acreditante (banco) se obliga a poner a disposición del acreditado "crédito" en el sentido económico de "cesión temporal de poder adquisitivo" hasta una determinada cantidad y bajo determinadas condiciones ("línea de crédito"). La disponibilidad puede ser utilizada en forma de dinero; en forma de descuento de letras, lo que significa que el acreditado entrega letras al banco para que éste le adelante su importe (*crédito mediante anticipos o descuentos*). El acreditado puede, igualmente, pedir al banco que *acepte* letras de forma que, con la firma del banco, el acreditado pueda negociarlas en otro banco (*crédito de aceptación*). También puede pedirle que *avale* deudas del acreditado frente a terceros. En estos casos, dado que el banco no adelanta materialmente los fondos y se limita a asumir obligaciones de pago, se dice que el banco otorga *crédito de firma.*

La propuesta de Código Mercantil regula, en su artículo 574-1, el *contrato de apertura de crédito,* en una configuración más amplia que la estrictamente de crédito bancario, pero que comparte elementos comunes.

El cliente utiliza el crédito otorgado por el banco mediante *órdenes de disposición*, órdenes que constituyen declaraciones de voluntad y cuya relación con el contrato resulta compleja. No obstante, cada una de las singulares disposiciones está dotada de una cierta autonomía, del mismo modo que sucede, en general, en todos los contratos de duración con prestaciones sucesivas (arrendamiento o agencia) de forma que podrá anularse una de las disposiciones sin que el contrato se vea afectado. En caso de quiebra del acreditado, las disposiciones efectuadas hasta la declaración serán créditos concursales y las efectuadas con posterioridad, habrán de ser calificadas como *deudas de la masa.* Las diferencias entre el préstamo y la apertura de crédito son, pues, las que existen entre dinero en efectivo y el dinero contable.

El banco tiene derecho al pago de la *comisión de apertura* (art. 277.2 C.Com.). La comisión es la contraprestación por la puesta a disposición del crédito, de forma que no es necesario para su devengo el que el cliente haga uso efectivo del crédito, por lo que incluso aunque el contrato se resuelva, el banco tiene derecho a retener dicha comisión.

B) Contenido del contrato.

El banco se obliga a *conceder crédito*. En el contrato se pactan, habitualmente, las modalidades de concesión (anticipos o descuentos, aceptación de letra, asunción de garantías…). La apertura puede otorgarse por tiempo determinado o indeterminado. En el primer caso, el contrato se extinguirá por el transcurso del plazo convenido y, anticipadamente, por justa causa, y en el segundo por denuncia unilateral de cualquiera de las partes (arts. 24 y 25 LCA, por analogía). También ha de fijar el contrato el *límite de disponibilidad* (art. 1273 CC –determinación del objeto del contrato-) así como si el montante disponible se va reconstituyendo conforme se devuelven las cantidades dispuestas (*crédito revolvente*).

El acreditado está obligado a *remunerar* al banco a través, por un lado, de la *comisión de apertura*, cuya exigibilidad es independiente de que se haya hecho uso o no de formar efectiva de la línea de crédito y, por otro, de los *intereses* o *comisiones* que se devengan por la utilización efectiva del crédito. Además, naturalmente, de *restituir* las cantidades dispuestas o proveer al banco de los fondos necesarios para atender el pago de las letras aceptadas en el caso de crédito de firma.

C) Terminación del contrato.

Normalmente se pacta la duración de la apertura, de forma que el contrato se extingue por la llegada del plazo y surge para el acreditado la obligación de restituir el capital más los intereses devengados hasta ese momento. Si el contrato tiene su duración determinada, terminará, regularmente, por el transcurso del plazo y, de acuerdo con las reglas generales, podrá ser denunciado por cualquiera de las partes con anterioridad a dicho plazo cuando concurra una justa causa (*denuncia extraordinaria*). Si el contrato no tiene duración determinada, podrá ser denunciado unilateralmente *ad nutum* por cualquiera de las partes sin necesidad de alegar causa (*denuncia ordinaria*). En ambos casos, la denuncia es una declaración de voluntad *recepticia*.

D) El crédito al consumo.

Como una manifestación más de ese híper proteccionismo hacia los consumidores que invade el Derecho mercantil moderno, y al que hemos hecho referencias abundantes en este curso, el legislador promulgó la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que tiene como justificación: la modernización de la legislación española en esta materia, la incorporación de la Directiva 2008/48/CE, y básicamente la mejora de la protección del consumidor –solicitante de un crédito- principalmente por la vía de mejorar la información que se le facilita, y establecer también para la entidad de crédito algunas obligaciones de evaluar su solvencia.

Otras previsiones normativas hacen referencia a la fase de ejecución del contrato, el cálculo de la Tasa Anual Equivalente (TAE), el contenido de las obligaciones que asume el prestatario, y el régimen sancionador, que naturalmente se remite a su vez a la LDIEC.

Todo ello ha llevado a derogar la anterior normativa sobre la materia, contenida en la Ley 7/1995, de 23 de marzo, que pasa a ser sustituida por la actualmente vigente. Con carácter general, la Ley se aplica a aquellos contratos en que el prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación. Para la consideración de qué ha de entenderse por consumidor, hay que remitirse a lo previsto en el artículo 3 TR LDCU (verlo).

6. El descuento.

Es el contrato por el cual, el Banco (descontatario), previa deducción del interés, anticipa al cliente (descontante) el importe de un crédito frente a un tercero, todavía no vencido, mediante la cesión, salvo buen fin, del crédito.

La *naturaleza jurídica del descuento es discutida*. Se discute si se trata de una cesión de créditos con causa de compraventa (el descontante "vende" el crédito al banco) o de una cesión con causa de garantía (el banco presta dinero al cliente y éste le da el crédito en garantía-prenda). La discusión existe porque el banco adquiere el crédito "salvo buen fin", es decir, con la garantía de que si el deudor cedido no paga, podrá el banco dirigirse contra el descontante para recuperar la cantidad anticipada más los intereses más los gastos.

Dado que el banco no asume el riesgo de la insolvencia del deudor cedido, sino la del descontante, parece preferible la segunda explicación: el descuento es un contrato de préstamo con garantía consistente en la cesión de un crédito, al que se añade un mandato o comisión de cobro por la que el banco se obliga a cobrar el crédito y a obtener la restitución de lo adeudado por el descontante por esa vía.

7. El crédito documentario.

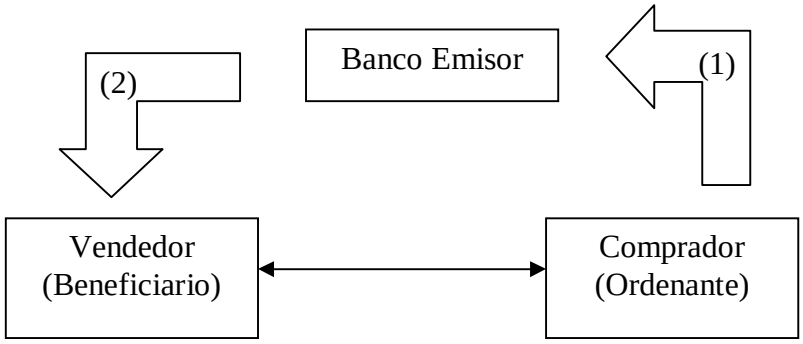
A) Introducción: concepto y función.

A pesar de todos los progresos recientes en materia de transportes y telecomunicaciones, el tráfico de mercancías entre plazas o países distintos sigue estando sometido a amplitud de riesgos y visicitudes, en especial el desconocimiento recíproco que afecta a importadores y proveedores; la variedad de regímenes jurídicos que las mercancías tienen que "atravesar" para llegar a su destino; y los riesgos propios de un "viaje largo".

De todo ello resulta una natural desconfianza por cada una de las partes intervinientes en el contrato: uno –el vendedor- que el otro no pague el precio, y otro –el comprador- que el primero no le envíe la mercancía o que ésta llegue defectuosa. Para evitar esto, y teniendo en cuenta que en este tipo de operaciones se vende a crédito (el pago se suele diferir hasta el momento de recepción de las mercancías, momento que no coincide con la conclusión del contrato de compraventa), se recurre a la intermediación de una entidad bancaria, la cual habrá de asumir el compromiso de efectuar pagos en

efectivo o bien aceptaciones o negociaciones de efectos contra la recepción de los documentos que representen las mercancías vendidas.

Surge así una relación "triangular" por virtud de la cual el comprador contrata con su banco la apertura (1) de un crédito documentario, asumiendo la condición de ordenante, siendo el antedicho banco el emisor del crédito. Así mismo, y por virtud de este contrato, el banco se obliga frente al ordenante (y comprador) a celebrar un nuevo contrato –denominado Carta de crédito- con el vendedor (que asume la posición de beneficiario), en virtud del cual el banco emisor se compromete (2) a pagar, aceptar letras de cambio o negociarlas, o a autorizar a otro banco para que realice idénticas prestaciones, si el vendedor le hace entrega de los documentos previstos en la Carta de crédito (lo más frecuente es que haya que entregar un conocimiento de embarque, una factura consular y una póliza de seguro sobre las mercancías).



El banco emisor puede asumir ese compromiso para con el tercero beneficiario, bien sea con carácter *revocable* (en cuyo caso podrá libremente retirar el crédito) o *irrevocable*, lo que comporta el compromiso del banco de necesariamente realizar las prestaciones pactadas sin posibilidad de volverse atrás, siempre y cuando el beneficiario le entregue los documentos previstos. A falta de indicación a este respecto, se entiende que será irrevocable.

B) Régimen y naturaleza jurídica de los créditos documentarios.

Este tipo de contrato no se encuentra regulado específicamente en nuestro ordenamiento, cosa sorprendente teniendo en cuenta su importancia en el tráfico mercantil moderno y la frecuencia de su uso en la compraventa internacional de mercancías (en frase del maestro Rodrigo Uría, "la mayor parte del comercio internacional se liquida hoy a través de ese crédito"). En el ámbito internacional, la Cámara de Comercio Internacional ha elaborado una recopilación de usos y prácticas que se conocen como las "Reglas y Usos Uniformes sobre Créditos Documentarios", cuya última revisión es de 1993, y que han sido admitidas por las asociaciones bancarias de muchos países, incluido España.

Esto dejará de ser así cuando entre en vigor la propuesta de Código Mercantil, que dedica todo el Capítulo V dentro del Título VIII (recordamos, los contratos financieros mercantiles) del Libro V a esta categoría contractual. Así, define el crédito documentario (art. 575-1) como aquel acuerdo en virtud del cual "*una entidad de crédito denominada emisora, u otra por esta autorizada, conforme a las instrucciones*

recibidas de la otra parte, denominada ordenante, asume el compromiso de pagar a un tercero, denominado beneficiario, o a otra persona a la orden de este, una cantidad al contado o a plazo o a aceptar o librar y, en su caso, satisfacer letras de cambio, pagarés u otros documentos cambiarios, librados por o a favor del beneficiario, contra la presentación de determinados documentos previstos en el contrato de crédito y en los términos y condiciones establecidos en él".

A pesar de la denominación "crédito documentario", y de la referencia a la "apertura" del crédito, la moderna configuración de estas operaciones las aparta de la figura de los contratos de crédito, y en particular de la apertura de línea de crédito estudiada en este tema. La posibilidad de que el banco pueda exigir al ordenante una provisión inmediata de los fondos pone de manifiesto que la relación entre ordenante y banco emisor se nutre esencialmente por la gestión que éste ha de hacer por cuenta de aquél, de forma que esa relación deriva sustancialmente de un contrato de comisión (en opinión, que seguimos aquí, del profesor Sánchez Calero), en la que el cliente, como comitente, encarga al banco –como comisionista- efectuar determinadas prestaciones a favor de un tercero –el beneficiario-.

Con esta categorización, y analizando por separado las diferentes relaciones jurídicas que se generan entre los tres intervinientes, evitamos también acudir a la figura de la "delegación imperfecta de deuda" como un sector doctrinal –Garrigues- ha calificado al crédito documentario, estudiándolo desde una perspectiva unitaria, en la que el ordenante sería el delegante, el banco emisor el delegado, y el beneficiario el delegatario.

Cabe, igualmente, que el beneficiario utilice el crédito a su favor como medio de pago frente a sus acreedores (p. ej. que sean proveedores en su actividad mercantil), en cuyo caso hablamos de *crédito documentario transferible*, y que tiene que plasmarse en la emisión de una segunda carta de crédito a favor de esos segundos beneficiarios.

C) Contenido del crédito documentario.

En el esquema que hemos señalado, distinguimos tres relaciones jurídicas:

a) Entre *comprador y vendedor*: puede ser una compraventa, suministro, o negocio similar, que dé lugar a un derecho de crédito del beneficiario sobre el ordenante.

b) Entre *ordenante y banco emisor*: se trata, como hemos dicho, de una comisión mercantil, en la que el ordenante se obliga a dar instrucciones completas y precisas al banco. En este punto cabe distinguir que la operación se constituya simultáneamente con la apertura de una línea de crédito para el ordenante, o que el banco exija la provisión de fondos para llevar a cabo su función.

c) Entre *banco emisor y beneficiario*: el banco se ha obligado a celebrar con el beneficiario un nuevo contrato, de "Carta de crédito", en virtud del cual se compromete a pagarle o a aceptar o negociar letras de cambio, previo examen de la documentación que el beneficiario.