

DERECHO MERCANTIL II

- **LOS TÍTULOS-VALORES.**
- CONCEPTO Y REGULACIÓN.

- Concepto y función.

Es un **documento** esencialmente **transmisible** y **necesario** para ejercitar el derecho **literal** y **autónomo** en él mencionado. Tiene una especial aptitud para **transmitirse**. También destaca la **vinculación** que existe entre el documento y el ejercicio del derecho, hay, por tanto, una **conexión** entre la cosa corporal– título– y la incorporal– derecho. El poseedor del documento está legitimado y protegido por el ordenamiento gracias a la apariencia de titular que le da la posesión y que tiene su razón de ser en la fácil circulación del mismo. Está en revisión según las características sociales. Se fundamenta en la **seguridad del tráfico**. Es un medio de **financiación** – obtención de crédito, de **pago** y para **ejercitar derechos**.

- Disciplina de los títulos–valores.

No existe una disciplina general. Sólo hay ciertas normas sobre títulos–valores. Las normas generales han sido elaboradas por la doctrina, como principios generales para la interpretación y aplicación de las normas.

- Referencia a los títulos de legitimación y a los títulos impropios.

Hay otro tipo de títulos, los de legitimación, que conceden a su portador el derecho a una prestación determinada. Y, junto a éstos, también existen los títulos–valores impropios, que transfieren el derecho sin seguir las normas de la cesión y sin ser un derecho autónomo.

- EL DERECHO INCORPORADO AL TÍTULO.
- Caracteres del derecho incorporado.

Los caracteres de este derecho son éstos:

1.– **Literal:** el contenido, los límites y las modalidades del derecho han de inducirse de los términos en los que está redactado el título. No está condicionado por circunstancias ajenas al título, por ello es autónomo. La protección que se le dé será igual al texto del título.

2.– **Distinta naturaleza:** puede ser un derecho de crédito u otro.

3.– **Autónomo:** al transmitirse, se crea un nuevo derecho, independiente del anterior y de las relaciones que existiesen entre los titulares previos, siempre que haya habido buena fe.

- Ejercicio del derecho incorporado.

Está legitimado para ejercitar el derecho **quien lo posea**, con requisitos. Se le exonera de la obligación de demostrar que realmente es el titular. El deudor de buena fe estará exonerado de su obligación de pago cuando lo haga al poseedor.

- LA DECLARACIÓN CONTENIDA EN EL TÍTULO Y LA RELACIÓN FUNDAMENTAL.
- Forma de la declaración y obligación del deudor.

Quien emite un título realiza una declaración por la que se obliga, aunque luego puede haber más. Ha de tener

ciertos requisitos, algunos de los cuales son *esenciales*. Los defectos de forma pueden alegarse por cualquier poseedor.

- El título y la relación fundamental.

La emisión del título es consecuencia de una **relación previa (subyacente o fundamental)**.

Los títulos **abstractos** son los que incorporan un derecho independientemente del contrato causal, mientras que los **causales** necesitan una conexión entre el derecho y el negocio subyacente. En éstos, se somete el derecho a la disciplina de la relación fundamental y existen excepciones derivadas de ésta entre el emisor del título y su primer título. La emisión no significa una extinción de la relación preexistente (1170 CC).

- **CLASES DE TÍTULOS VALORES.**

- Títulos constitutivos y declarativos.

En los **constitutivos** (societarios), la emisión del título hace nacer el derecho, mientras que en los **declarativos**, el derecho ha nacido con anterioridad.

- Títulos emitidos individualmente y en serie.

Esta clasificación depende de la función económica de los títulos-valores. Los **individuales** son los que se emiten de forma aislada, para que los reciba una persona determinada y con una declaración propia, mientras que los **en serie** (societarios) tienen como finalidad acabar en manos de una pluralidad de sujetos, aunque provengan de un negocio único. Los títulos **en masa** van dirigidos a un colectivo anónimo (*billete de metro*). Los dos últimos tienden a objetivarse y ser considerados cosa fungible.

- Títulos cambiarios, de participación y de tradición.

Aquí se tiene en cuenta la naturaleza del título.

Los títulos **cambiarios** incorporan un derecho de crédito pecuniario.

Los **de participación** llevan aparejada una determinada posición en una organización social- un conjunto de derechos y poderes. Está dominado por la relación subyacente.

Los **de tradición** contienen el derecho a la entrega de determinadas mercancías, su posesión y poder de disposición.

- Títulos nominativos, a la orden y al portador.

Los títulos **nominativos** identifican al legitimado para ejercer los derechos contenidos en él y no pueden transmitirse sin su notificación al deudor. Por lo tanto, el legitimado deberá presentar el documento e identificarse para poder ejercer su derecho. Tienen un régimen de transmisión más complejo.

Los títulos **a la orden** designan a un titular determinado, pero por medio de una cláusula de endorso pueden transmitirse sin necesidad de notificación, pero siempre *a la orden* del primer tenedor.

Los títulos **al portador** legitiman a su poseedor como titular del derecho, basta con la presentación del documento para ejercitarlo. El acreedor ve reforzada suposición procesal (acción ejecutiva). Son transmisibles por la simple tradición. La posición de su poseedor de buena fe es inatacable.

- **LA SUSTITUCIÓN DE LOS TÍTULOS-VALORES POR ANOTACIONES CONTABLES.**

- LA CRISIS DE LA FUNCIÓN DE LOS TÍTULOS–VALORES.

Elevado número de títulos, por la generalización de contratos que los utilizan, con consecuentes problemas. Ayuda de la contabilidad y de la informática. El documento se ha desmaterializado y sustituido por las anotaciones en cuenta. No se sustituye el valor o el derecho. Se pasa de la **entrega material** a la **anotación de la entrega del derecho**.

- LOS VALORES MOBILIARIOS ANOTADOS EN CUENTA.
- Antecedentes.

En varios decretos poco importantes.

El principal predecesor fue la deuda pública: contratación tabular con deuda del Estado, con una autoridad supervisora (*Central de Anotaciones En Cuenta del Estado*) sobre las demás Entidades gestoras.

- Regulación vigente.

Se regula en los artículos **5 a 12 de la Ley del Mercado de Valores (LMV)**. También en la L.S.A. y en el R.R.M. Se desarrolla en el **RD 116/1992**. La LMV proyecta el sistema del epígrafe anterior, cada entidad gestora es uno de los mercados (Bolsa de Madrid, Bilbao, Barcelona...), de la que tiene que ser miembro quien quiera acceder a este sistema. La razón es que han de llevar las cuentas públicamente, con la obligación de que los cambios que afecten a éstas queden reflejados en un registro contable público. Es un **mercado informático público**, sin sede física. Se dan **garantías jurídicas** porque ahora las hay también **técnicas**.

- Caracteres generales del sistema de anotaciones en cuenta.

El sistema de anotaciones en cuenta es **informático, irreversible** (una vez elegido, no puede renunciarse a él– art. **5 LMV**) y **preferido** por el ordenamiento jurídico. Se pasa de un sistema *tabular* a uno *cartular*. Tiene importancia el **principio de equivalencia**, por el que la tradición se sustituye por la transferencia contable.

Es un requisito indispensable a la **negociación bursátil**.

- Disposiciones comunes sobre los valores anotados en cuenta.

Se regulan en el Capítulo I del RD 116/1992 y se refieren a **valores mobiliarios** en sentido amplio con la característica de la fungibilidad.

Según el art. **8 LMV**, el valor como incorporación de un derecho existe cuando se inscribe en el Registro contable.

Se constituyen de forma *genérica* en escritura pública, con los requisitos del art. **6 LMV**, depositando una copia en la Sociedad de Sistemas o en la que lleve su Registro contable (única con capacidad legal, según el art. **7 LMV**), como garantía de su publicidad.

De forma *específica*, se constituye mediante la primera inscripción en su registro. Sólo podrá rectificarse por resolución judicial, si no son errores materiales o aritméticos. La inscripción no tiene eficacia constitutiva.

En art. **9 LMV** se protege al adquirente registral de buena fe frente a terceros o frente a la entidad emisora. Los derechos reales que limiten o graven valores deberán inscribirse en la cuenta (art. **10 LMV**). La transmisión tendrá lugar por **transferencia contable** como regla general, en contra de toda la doctrina clásica del título–valor.

La **legitimación registral** del art. 11.1 LMV se reduce a las relaciones del titular del valor con la entidad emisora. El medio para el ejercicio de los derechos derivados de los valores es mediante **certificados de legitimación**, que, según el art. 517, es un título ejecutivo.

El registro contable se rige por los **principios registrales clásicos**, que son el de prioridad y tracto sucesivo. Las entidades que llevarán estos registros tienen establecidos sus derechos, obligaciones y responsabilidades en el RD 116/1992.

- El registro contable de los valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales.

Las anotaciones en cuenta sólo las pueden hacer ciertas entidades, bajo supervisión. Es un sistema cerrado subjetivamente. Los valores negociados en Bolsa deben representarse mediante anotaciones en cuenta. Existe un **Registro central** de la Sociedad de Sistemas y otros periféricos de las entidades participantes. Los elementos básicos son las **referencias de registro** y los **sistemas de control de saldos**. La primera inscripción se realiza en ambos, así como la transmisión de los valores.

Esta regulación es supletoria en otros mercados secundarios.

- El registro contable de valores no admitidos a cotización en mercados secundarios oficiales.

Se regula en el Capítulo III del Título I del RD 116/1992. Se establece que la entidad emisora será quien designe la entidad que llevará el registro contable. Éste será simplificado, único, con los saldos de cada titular.

- LA INCIDENCIA DE LOS SISTEMAS DE REPRESENTACIÓN INFORMÁTICA SOBRE LOS EFECTOS DEL COMERCIO.

Los títulos tienden a perder sus características originales y a quedar inmovilizados en las entidades de crédito. El Banco de España creó en los años ochenta un sistema nacional de compensación económica (**S.N.C.E.**), regulado por varios decretos y su Reglamento. Se trata de que las entidades liquiden por compensación los créditos y las deudas. Así se debilita su consideración como títulos-valores, sin ser ya títulos de presentación (necesaria para su ejercicio) y de rescate (devuelto al emisor una vez pagado). Jurídicamente, la SNCE tiene medidas de garantía y responsabilidad. Facilita la utilización de efectos de comercio.

- **LA LETRA DE CAMBIO.**
- CONSIDERACIONES GENERALES.
- Noción y caracteres esenciales.

La letra de cambio es un título-valor típico que incorpora una **orden incondicionada** a otra persona de pagar una **suma determinada** a un tercero. Se regula en la **Ley 19/1985, cambiaria y del cheque (Lc)**. Es instrumento de cambio vinculado al contrato cambiario, se sustituye el cambio manual por el tradepticio.

Sujetos:

- **Librado o aceptante** si ha aceptado la letra. Se convierte en principal personaje del círculo cambiario. Obligado a pagar la letra en su vencimiento. Es responsable del pago en el momento en que acepta. La letra puede existir sin aceptante o sin cualquier otra subscripción cambiaria pero no sin librador. El único deudor en sentido estricto es el aceptante, y cuando este paga, la letra queda definitivamente pagada pues ya no hay más deudores. Pero si paga el librador, todavía tiene posibilidad de dirigirse contra el librado aceptante.
- **Librador:** quien da la orden de pago (que es lo que da sentido a la letra). Emite el documento. Garantiza el cumplimiento.

A la relación entre ambos se denomina PROVISIÓN DE FONDOS.

- **Tomador o tenedor:** a quien se le ha de hacer el pago.

La relación de este con el Librado se denomina R. VALUTA.

- **Endosante:** quien la transmite.
- **Endosatario:** quien la recibe.

La relación de ambos se denomina R:VALOR– páguese al endosatario el valor recibido.

- **Avalista:** garante del pago (obligación del aceptante), del endoso (obligación del endosante) o de la orden (obligación del librador).

Son OBLIGADOS EN VÍA DE REGRESO

El círculo cambiario se integra por todos los firmantes pero no todos están en la misma situación

Por tanto, existen **dos categorías de deudores/responsables:** el **RESPONSABLE DIRECTO**, con acción procesal directa, que es el librado aceptante y responde del pago el día del vencimiento como obligación principal y el **OBLIGADO EN VÍA DE REGRESO**, con acción cambiaria de regreso. Este último actúa cuando hay varios tomadores sucesivos. No podrá dirigirse contra un tomador posterior si éste se la devuelve porque el aceptante no paga.

REGRESO

lor/aval – – – – tor/aval – – – – tor/aval

DIRECTA

ate/aval

Un mismo sujeto puede desempeñar varios puestos.

La responsabilidad entre los libradores, avalistas, endosantes o aceptantes es **solidaria**, pero **especial:** la obligación de cada uno es autónoma y el pago de uno no extingue la deuda de los demás.

- Significación económica.

Muy importante en el tráfico económico. Nace en las ciudades italianas y se difunde en los siglos XII y XIII, entre comerciantes situados en distintas localidades. Progresivamente se utiliza cada vez más como medio de crédito. Apogeo en los años 80. Aporta mayor liquidez

En la actualidad es fundamentalmente un **instrumento de crédito a corto plazo**, aplazando el pago del precio. Sin embargo, el vendedor que ha concedido el crédito puede obtener inmediatamente dinero líquido mediante su anticipo, descontando los intereses, en un banco. También funciona como **instrumento financiero o de financiación**– crédito concedido por el banco a su cliente.

La diferencia básica con el pagaré es que la letra de cambio es una *orden* de pago, mientras que el pagaré es una *promesa*.

- Evolución del Derecho cambiario.

La **Lc** ha supuesto la superación del régimen del **Ccom**, que no aportaba credibilidad por su régimen arcaico, poco solvente y basado en las viejas Ordenanzas. También cabe destacar la incorporación de los Convenios de la Conferencia de Ginebra como intento unificador.

- **REQUISITOS FORMALES DE LA LETRA.**
- Requisitos formales esenciales de la letra.

El formalismo es consecuencia de la literalidad, formalismo que no impide que pueda ser redactada en cualquier papel. Anteriormente cuando la letra se hacía en papel distinto al oficial sin haber pagado el Timbre, sobre esa letra no cabía acción ejecutiva, debiendo recurrirse al juicio ordinario, en la actualidad se acepta la letra en cualquier documento. Como la letra puede circular hasta el vencimiento puede que no todas las cláusulas de los sucesivos endosos quepan en el propio documento.

Requisitos **Típicos** de la emisión de la letra en los artículos **1 y 2 Lc**. En él se matiza la importancia y la omisión de alguno de los requisitos. Los hay **naturales** – pueden faltar en el caso concreto porque la Ley suple la falta– (tiempo y lugar) y **esenciales**– nunca pueden faltar– (art. 1 + matizaciones del art. 2)

- **Denominación de letra de cambio** en el mismo idioma que su redacción, para que no haya dudas sobre su naturaleza por quienes la firman.
- **Mandato puro y simple de pagar una suma determinada.** Orden no sometida a condición y siempre una cantidad de dinero.
- **Nombre del librado– quien ha de pagar.** No está obligado cambiariamente si no acepta. Puede ser el librador = letra propio cargo – art.4– Antes sólo se permitía girar sobre uno mismo si se seguía requisito de establecer como lugar de pago un lugar distinto al domicilio del deudor. Ahora sí se permite
- **Nombre de la persona a quien se ha de hacer el pago.** Es esencial. Se legitima con la posesión del documento y su nombre. Puede haber varios tenedores o ser el librador = letra propia orden. En cuanto a este requisito, la jurisprudencia, la mayoría opta por una solución formalista, que hace que la letra que no contenga el nombre del tomador no valga. La minoría, sin embargo, se inclinan por la teoría de la justicia efectiva, que parte de la presunción de que si es presentada por el librador, no ha circulado.
- **Fecha de libramiento.** Es esencial para saber ley aplicable, si tenía capacidad, etc...
- **Firma del librador.** También es esencial.
- Requisitos formales naturales de la declaración cambiaria original.

Los *naturalia negotii* se enumeran en el art. 2 Lc.

- **Indicación del vencimiento.** Si no aparece, se considerará pagadera **a la vista**.
- **Indicación del lugar de pago.** Si no aparece, se entiende que es el designado junto al nombre del librado.
- **Indicación del lugar de emisión.** Si no está, se entenderá que es el designado junto al nombre del librador.
- Eventuales cláusulas potestativas de la letra.

Los *accidentalialia negotii* son las menciones añadidas y no prohibidas por la ley de forma potestativa:

- **Giro por cuenta de un tercero.**
- **Cláusula de domiciliación.** Puede establecerse el pago de una letra en el domicilio de un tercero. Se ha generalizado en referencia al pago en una entidad de crédito:
 - F.IMPERFECTA. Señala domicilio distinto pero donde paga el propio Librado.
 - F.PERFECTA. Señala domicilio distinto y persona distinta.
- **Cláusula de intereses.** El librador los fija, con limitaciones, también el librado a la hora de aceptar. Tiene

sentido cuando no se sabe el día de vencimiento. La letra pagadera a la vista no se usa (cheque), porque es una función impropia de sí misma

- **Exclusión de la garantía de la aceptación.** Sólo para algunos obligados, aunque el librador puede pactarlo sólo con el primer tenedor, de acuerdo con la relación subyacente. Según el art. **11 Lc**, el librador garantiza la aceptación y el pago al tomador. Se puede liberar él mismo de la garantía haciéndolo constar en la letra. Por tanto, el LIBRADOR tiene dos obligaciones: una, INHERENTE A LA ACEPTACIÓN, de la que puede librarse por cláusula potestativa y otra, INHERENTE AL PAGO, cuya cláusula se tiene por no puesta.
- Consecuencias de la falta de alguno de los requisitos esenciales.

Si faltan los requisitos esenciales, el documento no se considera letra de cambio. No sería aplicable su régimen procesal y tendría el valor de una promesa ordinaria si cumple con sus requisitos.

- REFERENCIA A LA LETRA EN BLANCO.

El art. **12 Lc** alude a la **letra incompleta** en el momento de emitirse y que se completa después, puede rellenarse por cualquiera de los intervinientes en la letra. La voluntad del emisor, por tanto, es que sea completada posteriormente por el tenedor. La letra en blanco circula con la omisión de algún requisito, pero es **válida**, porque éste es subsanado antes del cobro. El momento determinante, por tanto, es el del vencimiento o presentación al cobro. Si entonces aún falta, es **incompleta**, deficiente, y su tenedor no tiene privilegios cambiarios. La referencia de que va a ser letra completa es necesaria

Existen, no obstante, requisitos mínimos: firma del librador o del aceptante y denominación de letra de cambio. Si se incumple lo pactado entre emisor y tenedor o se usa abusivamente, el deudor cambiario dispondrá de excepciones.

Si los espacios blancos se rellenan de manera distinta a como debieran (a lo pactado), al tratarse de una letra de cambio, el deudor es responsable frente al tercero que ha tomado la letra de buena fe en los términos establecidos en éstos, aunque no fueran los debidos. Si quien reclama pago no es tercero ajeno al relleno de la letra pues conocía cómo debía serlo, no es de buena fe, luego deudor puede oponerse con la excepción de firma en blanco (no lo debe en esos términos porque no eran los pactados). Si quien exige pago, rellena la letra tiene conocimiento de la letra en blanco pero no presupone que no sea de buena fe, sólo si conociera cómo debía ser relleno los blancos o faltó a la diligencia mínima para enterarse de cómo debía ser rellena.

- REQUISITOS MATERIALES DE LAS DECLARACIONES CAMBIARIAS.
- Principio de la autonomía de las obligaciones cambiarias.

El art. **8** dice que las obligaciones de los firmantes son independientes entre sí, por lo que una firma falsa, por ejemplo, no incide en las demás. Sin perjuicio de que los obligados responden solidariamente (art. 57), cada uno de ellos sólo podrá oponer excepciones relativas a su propia obligación.

Todo firmante es responsable del pago salvo cláusula postestativa interpuesta por endosante cláusula de no a la orden . Para que le sea imputable la responsabilidad debe haber tenido voluntad de firmar, es decir, no debe darse dolo, miedo insuperable... Los vicios que afectan a una declaración cambiaria no afectan a las demás. Basta que una declaración haga imputable a una persona para que sea exigible. Cabe firma por estampilla.

- Poder para obligarse cambiariamente en nombre de otro.

La representación se regula en los artículos **9 y 10 Lc**. Parte de que las sociedades actúan mayoritariamente en el tráfico cambiario. El art. 9 establece que quien firme en nombre de otro debe expresarlo claramente en el documento. Presume, también, que pueden firmarlo los administradores dentro del ámbito de sus facultades. El tomador puede obligarle a exhibir el poder.

En el **artículo 10** se resuelve el problema de quien firme sin poder: responde **personalmente**. Es una responsabilidad objetiva, no es necesario que haya dolo o culpa. Si firma excediéndose de las facultades que le conceden sus poderes, bien por la cuantía, las personas o la naturaleza del contrato, se obliga personalmente por la cuantía que exceda a sus posibilidades y la sociedad por el importe que sí le haya concedido.

Es decir, falsus procurator y el exceso de poder se resuelve por el principio de protección del tercero de buena fe, y la doctrina de la representación aparente. Ejm– en el exceso de poder responden el representado y el representante que se excedió.

- **EL DOCUMENTO EN QUE HAN DE REDACTARSE LAS DECLARACIONES CAMBIARIAS.**

El art. 13 Lc permite que se amplíe el documento cuando sea muy extenso, aunque la declaración cambiaria originaria del librador ha de estar en el documento de la letra.

La exigencia de utilizar el modelo fiscal está fuera de la Lc. Una letra en papel común sigue siendo eficaz ante los Tribunales.

- **EMISIÓN DE LA LETRA Y RELACIONES EXTRACAMBIARIAS.**

Las relaciones subyacentes son la **causa** de la emisión de la letra, aunque no se refleja en ella (es un título **abstracto**) y el derecho que se le incorpora es independiente. Las excepciones derivadas de esa relación son inoponibles a la obligación cambiaria. No aparece en su texto ni la **cláusula de valor** (relación entre el librador y el tenedor), ni la **provisión de fondos** (entre el librador y el librado). Sin embargo, el librado vinculado causado al tenedor puede oponer excepciones personales, derivadas de esa relación.

- **EL PAGARÉ.**
- Noción y caracteres.

Gran éxito de este título, por su mayor simplicidad de libramiento. También incorpora un derecho de crédito, pero es, a diferencia de la letra (que es una *orden* incondicionada), una **promesa incondicionada, pura y simple de que el firmante pagará la suma dineraria que en él figura**.

Sólo aparecen en él el **firmante** (quien lo emite) y la persona a la que ha de hacer el pago (**tenedor**).

Cumple funciones importantes en el ámbito financiero y en el comercial.

- **Régimen.**

Se regula en los arts. **94–97 Lc**, con un régimen idéntico al de la letra, aunque con excepciones y mientras no sea incompatible con la naturaleza del pagaré. Su régimen otorga al portador una posición tan sólida como al de la letra, lo que también es causa de su éxito.

- **Art. 94:** requisitos esenciales para pagaré, igual que el 1 Lc.
- **Art. 95:** Subsana omisión de alguno de los anteriores. No se considerará pagaré si falta alguno.
- **Art. 96:** disposiciones aplicables.
- **Art. 97:** firmante queda obligado de igual manera que el aceptante. Se puede ejercitar una acción directa contra él.

- **ACEPTACIÓN Y ENDOSO DE LA LETRA**

- LA ACEPTACIÓN.
- Concepto.

Es la **declaración incondicionada del librado** contenida en la letra, por la que asume la obligación de pagarla a su vencimiento (**33 Lc**). Así, se transforma en **aceptante** y es, por tanto, el **obligado principal y directo** (art. **49 Lc**). Suele haber una relación extracambiaria entre el librador y librado. Si no acepta, no tiene ninguna responsabilidad cambiaria. No hay **obligación cambiaria de aceptar**, el librado es libre para aceptar o no la letra, sólo las de la relación subyacente.

El librador se puede eximir de la garantía de la aceptación, cuando así aparece en la letra, pero no de la del pago. Hay responsabilidad cambiaria del librador cuando no se acepta por el librado: **acción de regreso del art. 50 a)**. También responde el librado si es total o parcialmente negada.

Contra el aceptante se puede entablar una **acción directa**. Por esto, la aceptación da mayor valor a la letra, puesto que existen dos firmas (178 CCom) contra las que dirigirse. La aceptación es una revalorización financiera de la letra. No hace falta que firme después del librador, puede hacerlo en otro momento.

- Presentación a la aceptación.

En los arts. **25 a 28 Lc** se regula la presentación de la letra por su tenedor o por un portador. Puede ser *necesaria o voluntaria*, o estar *prohibida*.

- En general, es voluntaria, es una facultad del tenedor.
- Puede ser necesaria si así lo ha establecido el librador o la ley:
 - Exigida por el librador o los endosantes, constando así en la letra. Art. **26 Lc**.
 - Por su naturaleza, vencimiento. Cuando es a plazo **desde la vista** (desde la **aceptación**). Según art. **27 Lc**, hay un plazo de un año desde su libramiento para presentarla. El librador puede modificarlo.
- El librador puede prohibir la presentación a la aceptación, respetando la literalidad de la letra. Si el tenedor infringe la prohibición tiene pleno valor. El librador puede prohibir u obligar a la presentación en la aceptación para modificar el régimen de responsabilidades. Si obliga, circula mejor. Si la prohíbe, ya no responde de la falta de aceptación (en la práctica, no tendría valor). Lo que NUNCA se permite es que quien la emite no responda del pago. El librador no puede prohibir presentación de letra que tiene que ser obligatoriamente presentada para su aceptación, si pusiera esta cláusula sería contra legem – ejm – en las letras domiciliadas, o la vista– sí puede el librador prohibir que se acepten letras o prohibir que se acepten a partir de una fecha determinada. Destaca el supuesto de presentación de letra con cláusula de presentación prohibida, y el librado la acepta, la aceptación es plenamente válida, el problema es si niega la aceptación, pudiéndose ejercer la acción de regreso contra librador, pero como éste lo ha prohibido, esa cláusula vale tanto como la exclusión de su responsabilidad. Si el librador no ha establecido la obligación de la presentación, el endosante puede establecerla en letras con presentación facultativa

La regla general es que la presentación a la aceptación se hace en el **domicilio del librado**, entre su emisión y el vencimiento, salvo las letras a la vista– art. 25–. Quien presenta la letra es el tenedor o el simple portador (correos).Cabe que el librado desconociera la existencia de la letra, en ese caso puede pedir que le sea presentada por segunda vez la letra al día siguiente, no estando obligado el librador a dejar la letra pero sí a acreditar que se produjo dicha 2ª presentación. Si no se presentase esa segunda vez, y el tenedor levanta

protesto los obligados por vía de regreso pueden oponer excepción de regreso.

- Requisitos de la aceptación.

Es necesaria la **FIRMA**, ha de constar en la letra. Normalmente se hace mediante la palabra *acepto* o equivalente. No necesita fecha, a no ser que sea pagadera a cierto plazo (se suele poner siempre). Puede aceptarse parcialmente, quedando obligado por esa parte. No puede ser una aceptación condicionada, sino **pura y simple**. Art. 28 LCCH el portador no estará obligado a dejar en poder del librado la letra de cambio. Se perfecciona cuando se devuelve, mientras, puede revocarla (lo importante es la entrega al librador – si firma el aceptante y antes de la entrega se arrepiente, no hay aceptación). Se queda obligado con arreglo a los términos de su aceptación – art. 29 LCCH.

Si el librado hubiera notificado por escrito su aceptación queda obligado en los términos de su aceptación, excepción a la obligación de que la aceptación tenga que constar en el texto de la letra.

Art. 32 LCCH– CLÁUSULAS DE DOMICILIACIÓN (leer)

- Aceptación por intervención.

Tiene por finalidad que el tenedor no ejercite sus acciones de regreso si el librado no la acepta. Otra persona se ofrece a aceptar la letra, por lo que ha de dirigirse contra ésta. Poco uso en la práctica.

- Referencia a la cesión de la provisión.
- *Existencia de un régimen especial.*

El librador, mediante una declaración cambiaria, puede ceder los derechos referentes a la provisión– extracambiarlos– al tenedor de la letra. (art. 69).

- *Efectos.*

La cesión del crédito queda vinculada a la entrega de la letra. El librado, una vez notificado, sólo puede pagar al tenedor legitimado en la letra, mediante la presentación y entrega de la letra. El tenedor, si no paga, puede ejercitar la acción directa o las extracambiarías propias de la relación subyacente.

Otras reglas:

- ♦ Art. 31: la letra puede estar girada contra dos o más sujetos. Bastará con presentarla a la aceptación a uno, salvo que se imponga lo contrario en la letra. Sólo responden solidariamente los que la hayan firmado.
- ♦ Art. 32: la aceptación puede servir para determinar el domicilio del pago. Puede ser propia (lo dice el librado) o impropia. En la práctica, el domicilio está fijado.
- ♦ El librado puede revocar la aceptación, pero esto exige el presupuesto de hecho de que la letra esté en poder del librado que la ha aceptado. Es ciencia ficción.

- **EL ENDOSO.**
- Significación del endoso.

La adquisición de buena fe del título, con las formalidades necesarias, significará que el tercero poseedor tiene la tutela propia del adquirente de cosas muebles. Su posición es autónoma de la del transmitente y se conforma por la literalidad de la letra. Potenció el uso de la letra como medio de pago y de obtención de

crédito, aunque éste ha decrecido, sobre todo por el tratamiento informático.

- Noción.

Es una **declaración cambiaria** con la finalidad de transmitir la letra. Cambia la identidad del poseedor o portador. Supone una liberación financiera o del ejercicio del derecho, pero no de la **responsabilidad**. Quien endosa, **firma** en el endorso o reverso. Regulado en arts. 14 y ss LCCH

Es la primera declaración posterior a su libramiento en la regulación de la ley, pero, en la práctica, no se puede endosar antes de que sea aceptada, porque es más apta para circular entonces. La letra empieza a cumplir su función de cesión o circulación de derechos, Se puede endosar tantas veces como se quiera
Cláusula escrita en el dorso de la letra del documento inicial o suplemento por el que una persona– tenedor anterior–pone a otro en su lugar, transmitiendo la posibilidad de ejercer derecho de crédito o la posibilidad de transmitirlo

El **endosatario** adquiere todos los derechos resultantes de la letra, pero tiene una posición autónoma de la relación que tenía el acreedor anterior. No se pueden oponer las excepciones personales que contra él se tuvieran.

El **endosante** renueva la orden de pago y garantiza la aceptación y el pago, **sólo frente a tenedores posteriores**, salvo pacto en contrario.

La cláusula de endoso exige que el título esté extendido a la orden, entonces será transmisible por endoso a no ser que figure una cláusula especial– potestativa– (no endosable), pues la letra de cambio es un título a la orden nato; en este caso, podrá cederse ordinariamente, es decir, no puede circular vía endoso, sino en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria, pero, quien lo prohibió queda exonerado de responsabilidad.

- Forma del endoso.

Mediante **cláusula escrita**.

Es una orden que el tenedor dirige contra el librado para que pague a la persona a la que se transfiere. No requiere forma determinada, ni que aparezca el domicilio del endosatario o la fecha del endoso, aunque conviene que aparezcan.

El endosante ha de ser el tenedor de la letra, mientras que endosatario puede serlo cualquiera, incluso un obligado cambiario,(persona que ya figuraba en la letra, es el denominado endoso de retorno el endoso podrá hacerse a favor del librado haya aceptado o no, o a favor de cualquier otra persona (cuando el Título llega a manos de una persona que ya lo tuvo, aquí lo lógico sería que operase la confusión al darse en una misma persona la condición de deudor y acreedor, pero no es así, y esto porque mientras el librado no acepta no es deudor cambiario, además, mientras la letra no venza, al no extinguirse el crédito cambiario, puede volver a ponerse en circulación la letra, no cuando venza porque no podría cobrarse asimismo. El endoso de retorno no tiene consecuencias de extinción del crédito

Ha de ser una declaración **incondicionada – pura y simple**. Si aparece alguna condición, se tiene por no puesta. El endoso parcial es **nulo**.

Endoso en blanco y endoso al portador: El endoso es cláusula escrita que menciona al endosatario, firmado por el endosante, aunque no es necesario que aparezca el nombre del endosatario. Se equipara al portador, por tanto. El tenedor de la letra en blanco se considerará legitimado con la simple posesión. Art. 17 Lc. Lo que no puede faltar nunca es la firma del endosante. El endoso en blanco tiene los mismos efectos que el endoso completo.

- Efectos.

Endosos plenos– producen todos los efectos propios que la ley atribuye al endoso.

Endosos limitados – sólo alguno de los efectos.

Los endosos completos y endosos limitados pueden ser plenos o limitados.

El principal efecto es el **legitimador**, ya que el endosatario es poseedor legítimo cuando justifica su derecho por una serie no interrumpida de endosos. Se protege incluso cuando uno fue desposeído ilegítimamente.

El segundo efecto es la **transmisión de todos los derechos**, incluidas las garantías. Lo característico del derecho que adquiere el endosatario es que su derecho no es exactamente el mismo del endosante sino autónomo, se adquiere independientemente de las vicisitudes que unían a anteriores deudores y endosante. Adquiere al posición objetiva de acreedor cambiario pero no el derecho, ese es el efecto que no se produce en el régimen común.

Art. 20 LCCH (leer)

También produce un efecto de **garantía**. El endosante responde en vía de regreso frente a los tenedores posteriores de la letra de la aceptación y el pago. El silencio equivale a la asunción de responsabilidad, que puede eliminarse por cláusula, siendo un endoso limitado, porque uno de los efectos legales del endoso no se produce, El endosante puede prohibir nuevo endoso, y el endosatario que recibe título no a la orden puede volver a endosar pero quien negó no es responsable de éste.

- Los endosos limitados.

Son los que no producen todos los efectos de antes.

Para cobranza: o de apoderamiento. No se transmite la propiedad. Es un mandato con poder de representación. Ha de utilizar la expresión **valor al cobro**, etc... No cesa por muerte o incapacitación del endosante.

Para garantía: valor en prenda. Ofrecida como prenda o garantía real del cumplimiento de otra obligación. La ley limita la posibilidad de endosarla: sólo para cobrarla.

- Endosos limitados encubiertos.

Aparecen como plenos, pero tienen **pactos extracambiaris** que pretenden limitarlos. Hay problemas si incumple (excepciones personales).

- Transmisión de la letra sin endoso.

Si se transmite sin endoso, la posición del cesionario es derivada de la del cedente, por lo que se le podrán oponer todas las excepciones. El cesionario tiene derecho a la entrega de la letra. Art. 24.2 Lc.

- **EL AVAL.**
- CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL AVAL CAMBIARIO.
- Concepto del aval.

Es una declaración cambiaria que garantiza el pago de la letra. Ésta es su **finalidad típica y especial**, a diferencia de otras declaraciones, en las que es sólo una consecuencia. Puede haber varios, puesto que

garantiza cualquier cumplimiento. Sólo garantiza el pago, no la aceptación. Puede ser parcial.

Se regula en los artículos **35–37 Lc**.

- Función económica.

Se refuerza el crédito cambiario. El tomador tiene mayor poder de agresión.

- Contenido de la obligación del avalista: aval general y aval limitado.

Puede darse aval **general** o **limitado**, cuando conste expresamente.

- ELEMENTOS PERSONALES.
- El avalista.

Puede serlo un tercero o un firmante – ya obligado cambiario– de la letra. Se puede ser librador y avalista. Si una persona reúne esa doble condición figurará su misma firma en ese doble carácter, lo que no implica que ese firmante reúna la doble cualidad de avalista y deudor cambiario, ejm: un consejero de una SD firma como avalista (responsabilidad propio patrimonio) y como librador en cuanto que es consejero (responsabilidad patrimonio SD)

- El avalado: la falta de su indicación.

Se necesita mención expresa de a quién se avala por aval del librador o por aval del aceptante. Si no la hay, art. **36 Lc**, es válido y se entiende que avala al aceptante en primer lugar o al librador si no hay aceptación. Es la mejor solución para que la letra merezca confianza. El aval al aceptante es la garantía más robusta, pues éste es el último obligado, aumenta la seguridad del tráfico, ya que hay acción directa contra el avalista o contra el aceptante.

- FORMA Y TIEMPO DEL AVAL.
- Requisitos formales.

Únicamente necesita la indicación de *por aval* o similar, más la firma del avalista. El modelo timbrado también incorpora la fecha del aval y el nombre y domicilio del avalista.

- La firma en el anverso de la letra como aval.

Es la forma sustitutoria del aval. Según el art. 36, la **simple firma** en el anverso equivale aun aval, excepto si es del librador o el aceptante. Ha de encontrarse en la letra o en su suplemento (incorporado a la letra). La firma no puede fallar.

- Aval en documento separado.

En art. 36.5, queda claro que no producirá efectos cambiarios. Negativamente, no existe el efecto de ejercitar acciones cambiarias (procesalmente) y positivamente, la declaración de garantía no es ineficaz, sí obliga, pero para exigir su cumplimiento habrá que aplicar el CC o Ccom, no el régimen cambiario, es decir, no es válido aval cambiario en documento separado en cuanto a los efectos propios del ámbito cambiario, pero si es válido el realizado en documento separado y que no circulará con la letra pues producirá efectos aunque no cambiarios

- Tiempo del aval.

En cualquier momento entre la emisión y el vencimiento. Incluso se habla de un aval tardío, después del vencimiento o denegación del pago. La excepción es que la obligación de garantía personal tiene como presupuesto una obligación previa. No puede hacerse cuando el avalado ha quedado **liberado** de su obligación cambiaria.

- NATURALEZA JURÍDICA.

El art. 37 Lc dice que frente a la regulación de la fianza, que es una garantía accesoria principal– se transmite y sigue a la obligación principal y sólo existe si la principal existe = (íntima vinculación entre las dos obligaciones e idéntica responsabilidad de los dos deudores), establece un régimen diferente. Es una garantía **autónoma**, no debe su existencia a la de la obligación del avalado sino que es independiente de la validez de la obligación del avalado. La obligación del avalista es válida incluso cuando la garantizada es nula, persiste la obligación de éste para dar seguridad al tráfico. La nulidad resulta de la falta de capacidad, la violencia, los vicios de forma, igual que en el resto de declaraciones contractuales. Hay una *excepción*: que sea nula como consecuencia de **vicios de forma**, debido a la literalidad ejm. Firma falsa

- LA RESPONSABILIDAD CAMBIARIA DEL AVALISTA.

El avalista responde en los mismos términos que su avalado, a pesar del principio de autonomía de las obligaciones – art 37 LCCH – es decir, ocupa la misma posición que el avalado, en este sentido conserva el carácter de obligación accesoria. El avalado puede limitar su responsabilidad (ser avalista parcial).

Su posición también está condicionada por la solidaridad: el art. 57 dice que responderán solidariamente los que hubieran librado, endosado, aceptado o avalado la letra (los cuatro grupos que han firmado). La importancia de los títulos valor se antepone al principio de seguridad jurídica– no responde avalista si no hay deuda – pues si el 2º se respetase radicalmente iría contra los principios informadores de los títulos–valor. Sacrificio que no debe llevarse ni un milímetro más allá de lo que viene exigido para proteger principios informadores– ppio ponderación

- El avalista como obligado directo.

La responsabilidad por falta de pago del título es solidaria, sin embargo no es idéntica, ya que el aceptante es deudor directo y principal. Si llegado el vencimiento, el aceptante no paga la letra, deberá hacerlo su avalista, responde aún sin realizarse el protesto. La falta de pago legitima la acción directa contra ambos. Si no llega a haber aceptación, no habrá ninguna responsabilidad. Sí se podrá dirigir contra él en caso de vencimiento anticipado, porque sea declarado en quiebra.

En el caso de que la aceptación esté prohibida, sí vale la realizada por el librado en contra de la misma para que el aval sea válido.

- El avalista como obligado en vía de regreso.

Si la letra no es atendida por el librado se abre al vía de regreso para pedir al resto de obligados. Al ser un obligado cambiario, es necesario respetar los presupuestos sustanciales y formales: **falta de pago y levantamiento del protesto**, para dejar constancia del primero, aunque este requisito puede no ser obligatorio si aparece una cláusula de sin gastos o sin protesto.

El librador responde ante el tomador por la falta de aceptación o falta de pago, del primero el librador puede eximirse nunca de la falta de pago, pero el avalista del librador sólo garantiza el **pago**, siendo indiferente que se hubiese exonerado de la garantía de la aceptación.

Al endosante sólo se le podrá reclamar el pago frente a los **tenedores posteriores** y del mismo modo se

procederá contra su avalista.

Ejercicio de la acción de regreso contra el avalista antes del vencimiento: si existe duda razonable de que no pagará, se autoriza al tenedor para dirigirse contra el avalista. Se recoge en el art. 50 Lc: cuando el librado –aceptante o no– se encuentra en situación de concurso, si el embargo del librado es infructuoso (sin éxito) o bien cuando el librador de una letra cuya presentación a la aceptación haya sido prohibida y esté en concurso.

Si se produce el perjuicio de la letra por las circunstancias del art. 63 Lc, la pérdida de la acción cambiaria también alcanza la reclamación contra el avalista de cualquiera de ellos. No se admite la acción de enriquecimiento contra el avalista.

Presupuesto para el regreso es el protesto, sin éste, no hay regreso ni posterior ni anterior al vencimiento frente a ningún obligado, por lo tanto tampoco contra el avalista de alguno de los obligados.

De este protesto cabe exonerarse mediante la cláusula sin gastos, cláusula que también aprovecha el tomador frente al avalista. Cláusula que puede ser introducida por endosante, librador...dando lugar a efectos distintos.

Cuando la cláusula se interpone por el librador se dispensa del protesto a todos los demás– incluso también el avalista.

Art. 63 LCCH se refiere a la falta de presentación oportuna al pago y falta del levantamiento del protesto cuando el pago no se realiza

- EL PAGO POR EL AVALISTA.
- La posición del avalista que paga la letra.

El pago por el avalista es **extraordinario**, no por el contenido (idéntico al de los otros obligados cambiarios), sino porque paga en lugar de otro. Dependerá del alcance de la garantía dada, total o parcial. El tenedor no puede rechazar el pago por el avalista, por razones de confianza cambiaria y porque libera al resto; de actuar así, incurre en *mora creditoris*.

El art. 37.2 Lc dice que el avalista que paga tiene todos los derechos derivados de la letra contra el avalado y sus responsables cambiarios (avalado, endosantes y sus avalistas, librador y aceptante). Es la acción de reembolso propia de las figuras de garantía personal. No queda subrogado en la posición del tenedor al que paga.

- Excepciones oponibles por el avalista.

El avalista no puede hacer uso de las excepciones personales del avalado(compensación, por ejemplo)= ppio autonomía obligaciones–, pero sí de las reales (oponibles frente a cualquier tenedor, como, por ejemplo, que falta algún requisito, etc). Sí puede oponer sus propias excepciones personales, claro.

¿Es la acción contra el avalado cambiaria o común?

Si lo primero, juicio especial cambiario.

Si lo segundo, no trámites del proceso ejecutivo especial cambiario.

Si la acción es cambiaria el avalado sólo se puede defender de forma tasada y no con todas las vicisitudes de la acción de la fianza. Nuestro sistema se funda en la protección de la confianza en la apariencia, y todas las características del regimen cambiario se vinculan a lo realmente cambiario, es decir, relaciones que no tienen otro vínculo al margen de la relación cambiaria. Destaca lo expuesto en el art. 67 LCCH

- **EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CAMBIARIAS.**

- EL VENCIMIENTO DE LA LETRA.

- Requisitos.

Se regula en los arts. **38–42 Lc**. La fecha de su vencimiento es una de las menciones que ha de tener la letra, aunque si carece de ella, la Ley integra esta carencia diciendo que será **pagadera a la vista**, porque el vencimiento es **esencial**. Si es una letra en blanco porque el librador quiere que este dato lo rellene el tenedor, se estará al art. 12.

Requisitos:

- Único.
- Cierto.
- Posible.
- Según alguna de las fórmulas típicas, establecido art.38. Si no, será nula.

- Modalidades de vencimiento.

Tiene que ser necesariamente una modalidad del art. **38**. La ley contiene normas interpretativas:

- Si es **a fecha fija**, es pagadera el día indicado en la misma. Se puede hacer indirectamente (primer lunes del año). Más práctica.
- Si es a **plazo desde la fecha**, excluye día de emisión, pero no los inhábiles, aunque se entiende que vence el primer día hábil. Si es por meses, de fecha a fecha.
- Si es **a la vista**, es pagadera a su presentación, según voluntad del tenedor. Se da un plazo de un año, aunque puede pactarse otro. El Librador podrá en relación a la letra a la vista prohibir que se presente al pago antes de una fecha determinada
- Si es a **plazo contado desde la vista**, comenzará el plazo desde la aceptación o protesto. El librador, en este caso, no puede prohibir su presentación a la aceptación. El cómputo de plazo establecido se determina a partir de la fecha de emisión salvo que el librador diga que antes de tal fecha no se presente siendo esa fecha el comienzo del cómputo.

En la letra a la vista no cabe aceptación pues cuando se presenta hay que pagarla, para el resto es la presentación el dies a quo

La fecha del protesto suple la falta de fecha para el cumplimiento de la obligación.

La letra tiene que ser pagada el día de su cumplimiento.

- **PRESENTACIÓN DE LA LETRA AL PAGO.**

- Consideraciones generales.

Tradicionalmente era un **título de presentación**, es decir, que es a iniciativa del tenedor cuando se paga y que el deudor no tiene por qué indagar en la persona del mismo. Para reclamar el pago se presenta letra sustentada en la posesión, es un título de presentación que opera a favor del acreedor y deudor y título al rescate, el deudor que paga tiene derecho a que le sea entregada la letra. Ahora hay supuestos equivalentes a esta presentación, debido a los avances técnicos. Posibilidad de tratamiento informático:

El trucamiento de letra tiene sentido en la operatoria bancaria, cuando el banco es tenedor de letra por vía de descuento o por comisión de cobranza. Si es tenedor tiene derecho a cobrar la letra, sustituyendo la

presentación por el tratamiento informático, es decir, la presentación del papel se sustituye por el acceso al sistema de clinning – art. 42– aunque sí existe Título que se encuentra en una caja fuerte, vertiéndose (en términos de digitalización) la información del papel

- Circunstancias de la presentación.

El sujeto legitimado es el **tenedor legítimo** –primer tomador, portador legítimo a través de una cadena no interrumpida de endosos o cesionario de la misma.

El sujeto pasivo es el librado como deudor principal– si no ha aceptado, sin embargo, no será obligado cambiario, en el lugar diseñado para el pago o en el domicilio del librado.

Generalmente están en posesión de las entidades de crédito, por lo que se pagan mediante un sistema de compensación. Puede haberse señalado el domicilio de un tercero para su pago– domiciliatario. Como es un título esencialmente bancario, la Lc equipara la presentación al pago cuando se envíe al librado un aviso antes de su vencimiento. Si hay varios aceptantes, ha de presentarse a todos, si hay varios librados, a cualquiera.

- Momento de la presentación.

Según reglas anteriores. Se prorroga en caso de fuerza mayor– art. 64– debe comunicarse la fuerza mayor, anotarla y fecharla en la letra de cambio. Cuando cesa fuerza mayor presentará sin demora, si persiste transcurrido 30 días contados desde vencimiento no se produce perjuicio por no haberla presentado o levantado protesto.

No casos fuerza mayor las circunstancias que afecten exclusivamente a la persona del tenedor.

Si se paga– rescate.

Se paga:

Importe letra según principio nominalista.

Intereses.

Moneda convertible.

íntegro, pero no se puede rechazar pago parcial–art. 45– por lo que resta de pagar se levantará protesto para conservar Derecho de regreso.

Momento del vencimiento ¿ se puede pagar anticipadamente?.

- ◆ no liberatorio cuando momento previsto para el pago está concebido para beneficio acreedor.
- ◆ Si se paga anticipadamente lo hace a su riesgo, tomar medidas para adquirir la letra para que no siga circulando y que otro tenedor le exija el pago.
- ◆ Si se paga al vencimiento al portador legítimo, queda liberado, incluso aunque éste no fuera verdaderamente legítimo sino aparente.

Pago ordinario– el que realiza el último deudor cambiario, si hay aceptante, el mismo, si no el librador.

Pago extraordinario– el tenedor puede ir contra cualquiera de los obligados, y cualquiera de ellos que sabe que pueden ir contra él, para evitar que se empeore la letra puede pagar en lugar del que correspondiese (quedándose con la correspondiente letra . Al deudor principal no responde sino bajo condición de protesto,

pero hasta que prescriba la acción cambiaria (3 años desde su vencimiento) se le puede exigir el pago, como no conoce ni quién ni cuándo, para evitar la incertidumbre está la institución de la consignación– art. 48– judicial o por entidad.

- Falta de presentación.

Consecuencias:

- Para el **aceptante** o su **avalista**: la acción directa está sometida a plazo de prescripción de tres años. Como es mora del acreedor, no podrá reclamar intereses.
- Para el **tenedor**: pierde sus acciones en vía de regreso. Matizado por el artículo **63** (*leer*).

El aceptante puede librarse de su obligación depositando el importe judicialmente, en una entidad de crédito o ante Notario. También puede hacerlo cualquier deudor cambiario y el librado –deudor extracambiario.

- EL PAGO.
- Consideraciones generales.

El pago es el cumplimiento por parte del librado de la orden de pago y de su obligación cuando ha aceptado.

El pago **ordinario** es el que se hace el día de su vencimiento o en uno de los dos días hábiles siguientes.

El pago **extraordinario** es el que se pretende en vía de regreso.

- Objeto del pago.

Es la prestación dineraria que resulta del importe fijado en la letra. En euros o en moneda extranjera, sometida a cotización.

Ha de ser **íntegro**, determinado por la literalidad y autonomía de la obligación. Si se da pago parcial, ha de aceptarlo, pero puede seguir reteniendo la letra el tenedor, aunque en ella se hace constar dicho pago parcial.

- Pago anticipado.

El librado que pague anticipadamente lo hará a su cuenta y riesgo. El deudor que paga en el momento de su vencimiento, queda liberado si no ha incurrido en dolo o culpa grave –comprobar regularidad de la serie de endosos, no la autenticidad de las firmas.

- Prueba del pago.

Que esté en posesión del que ha pagado. Es un **título de rescate**. Si después del vencimiento la letra está en posesión del librado o domiciliatario, se presume pagada. Si se paga por compensación, habrá que acudir a los medios generales de prueba. La entidad de crédito puede entregar un documento acreditativo del pago.

- Pago por intervención.

Paga un tercero. Ha de aceptarlo el tenedor. Quien paga por intervención adquiere los derechos de la letra contra el obligado por el que ha intervenido y contra los que responden frente a él. No puede endosarla.

- Efectos del pago.

Extingue las obligaciones cambiarias si es el librado o aceptante el que paga.

Si es un pago extraordinario, dependerá de la posición que ocupe, pero el crédito no se ha extinguido. Si puede reclamar el reembolso, podrá exigir la cantidad pagada, los intereses desde la fecha de pago y los gastos (protesto), según el art. 59.

- **EL CUMPLIMIENTO FORZOSO: LAS ACCIONES CAMBIARIAS.**

- LAS ACCIONES CAMBIARIAS

- Introducción.

El art. 49 Lc enuncia las acciones del acreedor cambiario por falta de aceptación o pago, cuando es necesario acudir a un procedimiento judicial forzoso:

- ♦ **Directa:** contra el aceptante o sus avalistas, NO contra el librado, exclusivamente por falta de pago, ya que tiene como presupuesto la aceptación.
- ♦ **De regreso:** contra cualquier obligado, con condiciones.

Hay que recordar que los obligados cambiarios responden solidariamente – art. 57.

- Acción directa.

Se llama directa porque el aceptante es el obligado principal. No depende del levantamiento del protesto, ni se pierde al presentarla fuera de plazo. Plazo de prescripción de tres años.

Si hay varios aceptantes, ha de presentarse al pago a cada uno para poder ejercitar esta acción. Responden, sin embargo, solidariamente. También están sometidos los avalistas a ella.

- Acción de regreso.

Presupuestos:

Contra los demás obligados, pero con presupuestos:

- **Sustanciales:** art. 50 dice que es necesaria la falta de pago o antes del vencimiento si no ha habido aceptación total, si están el librado o el librador en concurso, quiebra, etc... a no ser que el juez diga lo contrario.
- **Formal:** levantamiento del protesto. Responde a la búsqueda de un procedimiento por el que quede constancia de que no se ha pagado al vencimiento o no se ha aceptado. Acredita que se presentó la letra para cobrarla voluntariamente y no se pagó.

Art.63– el tenedor perderá sus derechos contra los endosantes, librador y demás obligados con excepción del aceptante y su avalista cuando:

- ♦ falta de presentación dentro de plazo de una letra a la vista o aun plazo desde la vista.
- ♦ No se levante protesto o declaración equivalente por falta de aceptación o de pago, si necesario
- ♦ No se presente letra al pago en plazo pactado, cuando se estipule devolución sin gastos.
- ♦ No presentada dentro de plazo a la aceptación si fuere necesaria.

Protesto de la letra: Es la manera de acreditar la falta de aceptación o pago por el librado, pero que la petición

ha sido realizada por el tomador de la letra. El tenedor obligado a requerir al librado y si no cumple se dirige contra el resto, pero sin protesto no hay regreso, salvo que se haya dispensado expresamente mediante la cláusula sin gastos, si la pone el librador vale para todos. El deudor aceptante es obligado con independencia de que haya o no cláusula.

Esto es, busca el pago tardío de todos los obligados cambiarios o, si no, que se pruebe que éste no se ha llevado a cabo, para poder ejercitar la vía ejecutiva. Tiene trámite sencillo, según el art. 51 y ss. Suele ser un **acto notarial**, (instrumento que da fe de cómo se encontraba la letra al momento del vencimiento, es decir, si faltaba algún requisito... y que ésta fue presentada y no atendida), aunque, según la reforma introducida por la Lc, puede sustituirse por una declaración en la letra, con la fecha y la firma del librado (o domiciliatario o Cámara de compensación), por la que se deniega el pago. Equivale al protesto y evita acudir a Notario con los consiguientes gastos. Ésta declaración equivalente cabe salvo que se haya prohibido por el librador. Es requisito legal para la acción de regreso no de la directa.

Plazos: si protesto por falta de aceptación – debe efectuarse dentro del término fijado para la presentación a la aceptación o de los 8 días hábiles siguientes a su presentación o terminación. Si por falta de pago de letra pagadera a fecha fija o a plazo – 8 días hábiles siguientes al vencimiento.

Clases:

Por falta de aceptación o pago:

El protesto por falta de aceptación eximirá de la presentación al pago y del protesto por falta de pago (innecesario que el tenedor espere al vencimiento de la letra para dirigirse contra los obligados), y no abrirá la vía de regreso cuando se haya prohibido la aceptación.

Protesto notarial (el levantamiento parte de un acta notarial que ha de notificarse al librado para que acepte o pague la letra, retenida por el Notario, si no acepta o paga se termina el acto del protesto y devuelve la letra a su tenedor, quien comunicara la falta de aceptación o pago a los demás obligados) **o declaración equivalente** – ésta no tiene eficacia si el librador exige en la letra el levantamiento del protesto notarial. En mismos plazos que la ley fija para el protesto

Dispensa del protesto mediante la cláusula sin gastos:

Mediante esta cláusula u otra equivalente, escrita en el título y firmada, se puede librar al tenedor del levantamiento del protesto para ahorrarse este gasto, según el art. 56, pudiendo hacer valer sus acciones de regreso en vía ordinaria o ejecutiva. Es una opción de los obligados cambiarios (librador, endosante y avalistas) en vía de regreso que dispensa al tenedor del procedimiento oneroso. Si aún así, lo levanta, los gastos correrán a cargo del tenedor, si la cláusula la puso librador, si endosante o avalista, los gastos podrán ser reclamados a todos los firmantes. No exonera de poner en conocimiento la falta de aceptación – art. 55. Invierte la carga de la prueba, debe probar quien alegue contra el tenedor que no realizó la presentación.

Si pone la cláusula el librador, efectos para todos los firmantes, si endosante o avalista efectos con relación a quien la hubiere puesto.

Si cláusula en documento aparte, efectos sólo entre partes del mismo.

Deber de comunicación de la falta de aceptación o pago:

El tenedor ha de comunicarlo a su endosante y librador dentro de los 8 días hábiles siguientes al protesto, o declaración o desde la fecha de la presentación de la letra, si tenía la cláusula sin gastos, que harán lo mismo a los suyos (endosante que recibió la noticia lo comunicará a su propio endosante y así hasta llegar al librador).

También a los avalistas, simultáneamente, cuando los haya. El art. 55 enumera los supuestos. Comunicación en cualquier forma incluso por la simple devolución letra de cambio. Carga de la prueba de la comunicación

Si incumple la comunicación el obligado conserva su acción de regreso pero es responsable de los daños causados por su negligencia, responsabilidad limitada al importe de la letra de cambio

Importe de la reclamación por la acción de regreso:

Arts. 58 y 59: el tenedor puede pedir el importe, los intereses a partir del vencimiento y demás gastos. El obligado que ha pagado la letra también puede pedir los mismos conceptos.

- Letra de resaca.

Art. 62 prevé que quien tenga una acción de regreso puede resarcirse mediante otra letra girada a la vista sobre cualquier obligado. Tiene eficacia práctica limitada, porque no está aceptada.

e) Letra cambio de consumidores

Estas letras de cambio que firman los consumidores no siguen el régimen de protección de terceros, sino que el firmante sí puede oponer al tomador las excepciones personales siempre que exista acuerdo en que la financiación se causaliza con el hecho de firmar la letra.

En virtud L. CONSUMIDORES las letras de cambio firmadas por los consumidores (personas física o jurídica que adquieren productos y servicios para uso y consumo doméstico o familiar) en el ámbito de la LEY CRÉDITOS AL CONSUMO que se refiere a bienes de valor superior a 6 euros e inferior a 18000.. Si los créditos a favor del consumidor se documentan en letras de cambio tenemos las letra de cambio de consumidores. El consumidor puede oponer todas las excepciones propias de aquel con quien contrató el servicio, no se considera que el financiador es un tercero del ámbito cambiario, es decir, puede oponer excepciones que serían propias de un cesionario pero entendido como endosatario. Son letras de cambio que no cumplen con los requisitos, de ahí que se hable de letras del consumidor

- LAS EXCEPCIONES CAMBIARIAS
- Orientación de L.c. en este punto.

El fortalecimiento del derecho de crédito se logra mediante la limitación de los medios de defensa del deudor cambiario. El art. 67 de la Lc las divide, según la Ley de Ginebra, en **personales y reales**.

- Excepciones personales.

Sólo son oponibles al acreedor que exige la prestación.

- Las que nacen de la **relación subyacente** o de otras (compensación por otro crédito).
- Las que afectan a la **titularidad** (robo).

El art. 67 autoriza la **comunicación de las excepciones personales**, es decir, que se aleguen frente a un tenedor posterior si ha habido mala fe (las conocía). Es una cuestión de hecho: si no hay una serie ininterrumpida de endosos.

- Excepciones reales.

Son oponibles frente a cualquier tenedor, porque afectan al derecho de crédito y resultan de la propia letra:

- **Inexistencia o falta de validez** de la declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma.
- **Falta de legitimación** del tenedor: no se cumple la designación en la propia letra.
- **Falta de formalidades necesarias**, según arts. 1 y 2 Lc.
- **Extinción del crédito cambiario**: ya se ha pagado.

- Régimen especial cuando el deudor sea un consumidor.

Fuera de la Lc y transponiendo una directiva comunitaria, el art. **12 de la Ley 7/1995 de crédito al consumo** prevé que si el obligado cambiario fuese consumidor y concurrieran ciertas condiciones, puede oponer al tenedor excepciones basadas en las relaciones con el proveedor, siempre que aquél fuera él mismo o una entidad de financiación diferente, siempre que hubiese un pacto en exclusiva entre ellos.

- **LAS ACCIONES EXTRACAMBIARIAS**

No se utilizan en el marco del procedimiento del art. 67, sino que se basan en relaciones subyacentes:

- Acción causal.

Enlaza con el negocio del que trae causa la emisión de la letra. Es residual.

- Acción de enriquecimiento.

Impide que el obligado se enriquezca al no pagar la deuda. Puede ejercitarse cuando se pierda la acción cambiaria contra todos los obligados.

- **LA PRESCRIPCIÓN**

Artículo **88**. Son plazos diferentes a los generales del CC y Ccom, más breves. (Leer).

- **EL CHEQUE**
- **CONSIDERACIONES GENERALES**
- Concepto, función económica y presupuestos.

Es el documento que contiene una **orden incondicionada de su librador a un banco de pagar a la vista a su tenedor legítimo una suma**. Se encuentra regulado en el título II Lc, en los artículos 106–161. El cheque **no puede ser aceptado**, pues es título a la vista, la orden del librador es **irrevocable** por el tiempo que dura el plazo legalmente determinado para la presentación, tras el cual si es revocable y el banco ha de **tener fondos disponibles por el librado**.

No cumple una función de crédito, sino que sirve como **medio de pago**. La Lc trata de defender al tenedor del cheque, para potenciar su uso. El librado ha de ser necesariamente una entidad de crédito/banco. Requiere un **contrato de cheque**: entre el librador y el librado, para poder disponer de sus fondos mediante cheques. Este presupuesto, junto con la existencia de fondos, son requisitos para la emisión del cheque, pero si faltan no lo hacen inválido. Sin embargo, el librado ha de ser una entidad de crédito, sometida a supervisión

administrativa y asegurando, por tanto, los intereses generales. Cuando Banco paga a quien presenta cheque está saldando todas las deudas existentes entre emisor y librador, y su obligación como librado frente al librador en virtud de contrato de cheque, por el cual pueden emitirse cheques contra el Banco para restituir los fondos que el librador le había hecho al librado (banco):

CONTRATO DE DEPÓSITO EN CUENTA CORRIENTE– asume obligación de dar al cliente servicio de caja , pudiendo éste domiciliar pagos en su cuenta corriente. Al contrato de deposito (provisión de fondos), con obligación de custodiarlos y restituirlos se une el contrato de cuenta corriente, (servicio de caja). En el contrato de cuenta corriente hay pacto de cheque, pues cuando se realiza depósito en una cuenta corriente el Banco entrega talonario de cheques mediante el cual podemos disponer del depósito. Los cheques se librarán en Banco que tenga fondos a favor del librador, si no hay ese contrato de depósito no pueden librarse cheques. Fondos en virtud de ese contrato de deposito y de cuenta corriente. Si emito el cheque sin fondos o sin contrato de cheque la emisión es irregular pero no nulo.

- Requisitos para la validez del cheque.

106 Lc: FORMALISMO. Requisitos formales esenciales:

- **Denominación de cheque**, para que no haya dudas respecto a su naturaleza.
- **Mandato puro y simple de pagar una suma determinada**, como contenido.
- **El destinatario de la orden ha de ser un banco– entidad de crédito.** No es titular pasivo de la obligación. Si acepta, se reputa no hecho, es irrelevante.
- **Lugar, fecha firma.**

Si carece de alguno, no será cheque a no ser que se supla con los criterios del art. **107.**

- **POSICIÓN JURÍDICA DEL LIBRADO EN EL CHEQUE**
- Relaciones entre el librador y el librado.

La obligación de pagar del librado no es cambiaria, sino que tiene origen contractual, generalmente unido al contrato de cuenta corriente bancaria. La Lc alude a esta relación, fortaleciendo la orden de pago– no puede revocarla hasta que pase el plazo de presentación, la revocación no produce efecto salvo en momento de la prescripción, es decir, el cheque puede presentarse después de la expiración del plazo, no significando preclusión de pago, salvo revocación, sólo se libera de obligación si revoca tras la prescripción del cheque y no se ve afectada por la muerte o incapacidad del librador, y diciendo en el art. 156 que si se paga un cheque falso o falsificado, el daño será imputado al librado. Exige una diligencia razonable. Destaca la doctrina jurisprudencial de la compensación de culpas. Es nula toda cláusula de exoneración de responsabilidad y las cláusulas abusivas.

Inversión carga de la prueba– pesa sobre el profesional la carga de probar la causa que le exima

Oposición – art. 138– en caso de pérdida el librador podrá oponerse al pago.. (leer).

- Relación entre el tenedor del cheque y el librado.

En el cheque hay orden de pago del librador por razón de la relación de provisión de fondos con el librado. Se da cheque a tomador porque librador le debe un dinero o quiere dárselo (causa lícita).

El librado no tiene obligación cambiaria frente al tenedor, puesto que no hay aceptación. Esto no implica que

el librado no tenga obligación:

El art. **108.2 Lc** establece que el librado está obligado al pago, incluso parcial si los fondos no lo cubren completamente. Estar provisto de fondos obliga a secundar orden que implica cheque. Esto se deduce de la provisión de fondos como obligación frente al librador y si cheque frente a tercero. Con el cheque se cede al tenedor el derecho que se tenía en virtud del contrato frente al librado, se cede la provisión de fondos. Pero esa cesión del derecho no se produce por el simple acto de emisión y entrega al tomador, sino que se consolida en el momento en el que el tomador lo presenta al librado. No se puede revocar la orden del cheque, pero si se dispone de los títulos antes de la presentación del tomador, el librado se libera entregándoselos al librado. Si tiene fondos en momento presentación tiene que entregárselos al tenedor.

Importante la presentación– art. 135 y 136

Art. 110: conformación o visado del cheque. Cualquier mención similar acreditan la autenticidad del cheque y la existencia de fondos suficientes. En este tipo de cheque sí nace una obligación cambiaria. La entidad bancaria bloquea los fondos. Forma especial para fortalecer posición del tenedor en momento de emisión del cheque. La conformación o visado no es aceptación pero si reconocimiento de tener fondos y que está dispuesto a retener esos fondos por el plazo que tiene el tenedor para presentar el cheque visado, que expresará fecha y será irrevocable. Es un cheque garantizado, el Banco sale responsable si no tiene fondos

- TRANSMISIÓN DEL CHEQUE
- Dependencia de la forma de emisión del cheque.

A diferencia de la letra de cambio, no es un título nacido para viajar. Su transmisión depende de la forma en que se legitimó al primer tenedor. Si es al portador, no plantea problemas. Si es a la orden, que es lo que se entiende como regla general, pues un título a la orden nato, se da un endoso. Si es nominativo puro, porque así se hace constar, se produce una cesión ordinaria.

Puede circular según art. 111:

- ◆ A persona determinada con cláusula no a la orden o cláusula equivalente. Se convierte en cheque nominativo. El único legitimado es el designado en propio cheque.
- ◆ Emitirse el cheque al portador, enunciando al portador o similar.
- ◆ Emitirse cheque que en momento de presentación carezca de designación, considerado como cheque al portador–
- ◆ Librado a la propia orden (librador y tenedor es la misma persona).
- ◆ Emitirse al propio cargo (coincide librado y librador. ejm. cheque bancario.

- Transmisión del cheque.

Se remite a la letra de cambio – art. 120, excepto:

- Si es al portador, basta con la tradición de buena fe. Si se da mala fe, podrá verse privado del pago.
- Si es a la orden, mediante el endoso.
- Si es no a la orden, es una cesión ordinaria.
- El cheque cruzado y cheque para abonar en cuenta.

En el cheque cruzado, el librador, para evitar el extravío o la sustracción del cheque, introduce una cláusula que imposibilita que el cheque pase de manos. En el anverso aparece // o Banco, Compañía, etc. Sólo lo puede pagar a determinadas personas. Los bancos no pueden adquirir cheques cruzado de no clientes.

En el cheque para abonar en cuenta, según 145, se prohíbe abonarlo en efectivo, sólo se pagará mediante un

asiento en la contabilidad. Mucha difusión.

- EL PAGO DEL CHEQUE
- Presentación al pago.

Es pagadero a la vista, cualquier disposición en contra se tiene por no puesta.

Exige cierta diligencia para su cobro, mediante el establecimiento de plazos: 15 días naturales dentro de España, 20 en Europa, 60 fuera. Si se sobrepasan los plazos, la orden puede revocarse, para que no haya más incertidumbre y puede perder las acciones de regreso contra el librador, los endosantes y sus avalistas (perjuicio del cheque en art. 146). Si se presenta antes, también será pagadero ese día.

CHEQUE POSTDATADO

Debe tenerse en cuenta la fecha de la emisión no la de entrega.

Si se emite cheque en determinada fecha (1 junio) pero estableciendo otra (3 junio), y el día 1 no tenía fondos pero preveo que el 3 sí, esto no tendrá relevancia penal, sí en caso de no tener fondos el día 3.

El plazo se computa desde el día de emisión– art. 135

Tenedor no obligado a esperar fecha vencimiento para presentar cheque, pudiendo hacerlo desde que lo tenga en su poder. Si el cheque se presenta y el librado tiene fondos está obligado a pagar, si transcurrido plazo para presentar cheque sin hacerlo, no juega el principio de perjuicio, pues puede hacerlo en fecha posterior y si Banco tiene fondos aunque sea fuera de plazo, pagará

- Efectos del pago.

Se extinguen las relaciones cuando se ha producido la entrega del dinero, no cuando se ha entregado el cheque. El portador no puede rechazar un pago parcial. Se presumirá pagado el cheque que esté en poder del librado. Se reduce la provisión de fondos del librador. Según 1170 Cc, la entrega de un cheque no produce los efectos liberatorios del pago hasta su efectivo cobro.

La revocación del cheque no produce efectos sino después del vencimiento, la eficacia revocatoria queda pendiente al vencimiento, pues mientras transcurre plazo el librado tiene que tener disponible los fondos, sólo cuando ésta transcurre el librado puede secundarla.

Art. 154 y 155– Derecho de oposición al pago de cheque robado o extraviado.

Si llega vencimiento y no se ha producido la presentación y el librado no tiene fondos cuando después se presenta el cheque, no hay derecho de regreso, pues el librador se ha comprometido a pagar en los términos establecidos y no podría estar a expensas toda la vida

El librado podrá exigir al pago que el cheque le sea entregado con el recibí.

- ACCIONES DEL TENEDOR DEL CHEQUE IMPAGADO
- Acción cambiaria de regreso.

El tenedor no puede dirigirse contra el librado, por lo que no hay acción directa. La primera es la de regreso, en la que responden solidariamente los endosantes, avalistas y el librador. Tiene como presupuestos que se haya presentado en tiempo hábil y que se acredite la falta de pago mediante protesto. Mismo régimen que la acción de la letra de cambio, excepto que el plazo de prescripción es de 6 meses. Además, si el librador emite

el cheque sin provisión de fondos, deberá pagar una cantidad añadida del 10%, más indemnización por daños y perjuicios y eventual responsabilidad penal. El perjuicio aquí no se produce respecto al librador– art. 146

- Acciones causales.

Contra el librador o endosante con base a la relación subyacente. También contra el librado si éste tenía provisión del librador. Mismo régimen que la letra de cambio.

- Acción de enriquecimiento.

En caso de pérdida de las acciones causales y cambiarias, con los demás presupuestos del art. 65.

Parte quinta: los contratos mercantiles.

- **NORMAS GENERALES SOBRE LAS OBLIGACIONES Y LOS CONTRATOS MERCANTILES**
- INTRODUCCIÓN

Instrumento necesario para regular las relaciones jurídicas del empresario. Generalización del Derecho mercantil. Sistema de fuentes del Derecho mercantil:

- ◆ art. 2 Ccom.
- ◆ Art. 50 Ccom: subsidiariamente, leyes especiales o reglas generales del Derecho. Fenómeno de la descodificación (el Ccom no afronta la evolución del DM, sino que hay materias clásicas fuera de él, que queda derogado).

- **ESPECIALIDADES EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES**
- Cumplimiento de las obligaciones mercantiles.

Obligaciones mercantiles: tendencia a la **objetivización** y a la exigencia estricta de **cumplimiento**. Son normas generales, para TODOS los contratos, con VOCACIÓN DE GENERALIDAD. Suplen la falta de voluntad.

Arts. **60 y ss**: el cumplimiento ha de ser en el plazo estrictamente pactado, se prohíbe la *gracia o cortesía*. Si es una obligación sin término o pura, se considera exigible al día siguiente si conlleva ejecución o a los diez días, si no.

- Morosidad en el cumplimiento.

Art. **63**: desde día siguiente a su cumplimiento. Si no está previsto, desde el día en que el acreedor interpelare judicialmente al deudor o lo intimare (notarialmente), con el plazo mínimo señalado antes. No es necesaria la interpelación si la obligación tiene señalada la fecha del cumplimiento.

Sus efectos son los civiles, principalmente la indemnización de daños y perjuicios.

- La prescripción como causa de extinción de las obligaciones.

No opera ipso iure, automáticamente, sino que ha de ser una excepción alegada por el deudor. Las normas han de interpretarse restrictivamente. Los plazos son más breves.

- **NORMAS GENERALES SOBRE LOS CONTRATOS MERCANTILES**
- Formación del contrato.

Régimen completado con CC y con Ley del consumidor.

La mecánica suele consistir en una fase preliminar y otra concluyente, con las declaraciones de voluntad de las partes –oferta y aceptación, que dan lugar a la perfección del contrato. El empresario queda vinculado por las condiciones y garantías ofrecidas en la publicidad.

Perfección **entre ausentes**: art. 54 CCom, modificado por Ley 34/2002, de 11 julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. Se establece que hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que no puede ignorarla sin faltar a la buena fe. Si el contrato se hace vía electrónica se presume realizado donde el consumidor tenga su residencia habitual o donde esté establecido el prestador de servicios si es entre empresarios o profesionales. El art. 54.2 establece que en los contratos con dispositivos automáticos se entiende que hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.

- Forma del contrato.

Medio o modo mediante el que se realiza la declaración de voluntad. Rige principio de **libertad de forma** –escoger la que se quiera, verbal o escrita. El art. 51 CCom sienta este principio, aunque exceptúa los casos en los que se exige una determinada forma, bien como elemento esencial, solemne o con alcance meramente probatorio.

La Ley 34/2002 mantiene el principio de equivalencia entre documentos en soporte de papel y los electrónicos. Establece, además, ciertos deberes precontractuales a cargo del prestador de servicios. La tendencia actual es la de establecer una disciplina imperativa en la forma del contrato allí donde hay interés general.

- Prueba de los contratos mercantiles.

La prueba se realiza por algún medio que establezca el Derecho Civil. En principio, vale cualquier medio probatorio, excepto si el contrato es de más de 9 €, porque entonces no se podrá valer únicamente de la prueba testifical. El art. 52 contiene ciertas reglas especiales. El consumidor o usuario tiene derecho a pedir a la otra parte un documento probatorio. La **factura**, aunque no está regulada en el CCom, ha sido jurisprudencialmente considerada como documento probatorio. La nueva LEC la considera como un documento apto para utilizarse en el proceso monitorio.

- Interpretación del contrato.

Establecimiento de **criterios objetivos para saber cuál es la intención o voluntad común de las partes**. Regulado fundamentalmente por el CC. La norma fundamental del CCom es la de la **buena fe**– es una situación de hecho: forma leal y confianza recíproca, según art. **57 CCom**. Ha de interpretarse de acuerdo con la finalidad económica de las partes – literalidad– y lo usual del medio comercial en el que se desarrolla. Si hubiese dudas a pesar de los criterios del CC y del CCom, se resolverá **a favor del deudor**.

- Cesión del contrato mercantil.

No existe un régimen general, a pesar de la relevancia de la cesión en la vida mercantil. Al acuerdo entre cedente y cesionario se ha de unir el consentimiento del contratante vinculado con el cedente, el **contratante cedido**.

El CCom sí regula la cesión de créditos: si son no endosables ni al portador, no se necesita consentimiento del deudor, bastando ponerlo en su conocimiento. El cedente responderá de la legitimidad del crédito y la personalidad de la cesión, pero no de la solvencia del deudor.

- Contratos mercantiles con cláusula penal.

Art. 56 CCom: a modo de indemnización contra el que no cumpla, establecida en el contrato. Generalización de esta cláusula. Alienta el cumplimiento mediante la creación de circunstancias especialmente negativas que hacen que haya un interés extraordinario en su cumplimiento. Puede referirse al incumplimiento absoluto, al defectuoso e incluso a la mora. Si no media pacto en contrario, el perjudicado puede utilizar los medios generales del ordenamiento jurídico o bien pedir la pena. Se aplica de forma subsidiaria CC.

- Contratos celebrados fuera del establecimiento.

Aquí se ve la tendencia legislativa de la descodificación, mediante leyes especiales: **Ley 26/1991, de 21 de noviembre**. Sigue la Directiva CEE 87/577. Hay normas con derechos irrenunciables (sí valen cláusulas con derechos más beneficiosos), por la especial situación en este caso del consumidor: imposibilidad de comparar calidad y precio que lleva a prácticas abusivas. Protección **precontractual, postcontractual y contractual**. Frente a concepción tradicional de tiendas o negocios –manifestación objetiva– ahora no hay sede física. Los elementos típicos se manifiestan mediante medios técnicos o personales –representantes–, menos onerosos.

Esta ley se aplica a todos los contratos celebrados entre empresario y consumidor –**criterio subjetivo**– fuera del establecimiento del empresario, en la vivienda o centro de trabajo o en un medio de transporte público –**criterio locativo**– art. 1, exceptuando algunos. Es deficiente, porque la Directiva sólo se refería a los celebrados en el domicilio. Se centra fundamentalmente en el **derecho de arrepentimiento**. Medidas de tutela del consumidor:

- **Documentación del contrato:** art. 3, por escrito, doble ejemplar, con contenidos obligatorios. La doctrina dice que son contratos formales. Se llama documento de revocación.
- **Derecho de revocación:** arts. 5–7 Ley. Es una excepción a *pacta sunt Servando*. Se puede resolver el contrato unilateralmente con el único límite de que sea en los 7 días siguientes a la recepción, sin necesidad de causa alguna. Parece, por tanto, que es un contrato de perfección diferida.
- **Regla de compensación:** si es imposible que lo devuelva, tendrá que abonar el valor del bien en el momento de la revocación.
- **Solidaridad** de todos los que intervengan por cuenta del empresario.
- **Acción de cesación:** que cese si afectan a intereses generales –difusos o colectivos. Art. 10. Puede ejercitarse por asociaciones no titulares desinterés particular. La defensa del consumidor se basa en la ampliación de la legitimación para ejercitarla.

• CONTRATOS SOMETIDOS A CONDICIONES GENERALES

- La contratación mediante cláusulas predispuestas.

También hay legislación especial: **Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación**, según la Directiva 93/13 CEE, del Consejo. Parte de la idea de que las partes no tienen la misma capacidad para la discusión de las cláusulas, además de ser contratos en serie. Ha pasado a ser la regulación general. Es un instrumento de control económico, una forma de atenuar posiciones de dominio. Problema de falta de competencia. Tienen un origen razonable e imprescindible, el problema es que los empresarios no las varíen y falseen la competencia, por tanto.

- Concepto y características.

El art. 1 establece que la autonomía de la voluntad se ve derogada, puesto que previamente alguien ha

determinado el contrato, para utilizarlo en una pluralidad, y la otra parte se ve obligada a prestar o denegar el consentimiento. Puede haber, además, condiciones particulares o especiales. Son contratos de adhesión, cuyo problema no es ésta en sí, sino que la única opción sea adherirse. Según el art. 5, pasan a formar parte del contrato cuando se acepten por el adherente. Las partes se denominan **adherente** y **predisponente**.

No se entiende aceptado si el predisponente no le ha informado o dado un ejemplar. Las remisiones genéricas son ilícitas. No quedan incorporadas las cláusulas no conocidas completamente y al tiempo de celebrar el contrato. Tampoco si son oscuras, ilegibles, etc...

- Función económica.

Al ser una contratación **en masa**, se establecen condiciones generales por razones de equidad y de economía, tiempo y medios.

- Naturaleza jurídica de las condiciones generales.

Muy discutida: **concepción normativa**– verdadera fuente de Derecho objetivo– y **concepción contractual**– fruto de la autonomía de la voluntad. También hay posiciones eclécticas. La LCGC ha asumido la contractual.

- Régimen de las condiciones generales.

Aspectos relevantes de la LCGC:

- **NORMAS ESPECIALES DE INTERPRETACIÓN:** prevalecen las condiciones particulares si hay contradicción, salvo que las generales sean más beneficiosas.
- **INFORMACIÓN REAL SOBRE LA EXISTENCIA Y EL CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES.**
- **NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LAS CONDICIONES CONTRARIAS A LA LEY**, excepto en el caso de contravención. También hay que atender a la Ley 24/1984, de defensa de los consumidores.
- **LA NULIDAD NO AFECTA AL RESTO DEL CONTRATO**, que subsiste, si puede.

- Control de las condiciones generales.

Además de las acciones individuales, pueden ejercitar **acciones colectivas** ciertas entidades, para impedir su uso. Son:

- ♦ *Acción de cesación:* para obtener sentencia que condene al demandado a eliminar las

condiciones abusivas y no volver a utilizarlas.

- ◆ *Acción de retractación*: para que se abstengan de recomendar el uso de las cláusulas.
- ◆ *Acción de reconocimiento*: para que una condición se declare de naturaleza general.

La LCGC ha creado un **Registro** de condiciones generales de la contratación, a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil, con el objeto de dar publicidad a las condiciones generales y a las resoluciones judiciales que afecten a su eficacia. Hay uno Central y otros provinciales. La inscripción es voluntaria, a no ser que se acuerde lo contrario, como ocurre con las sentencias condenatorias.

El art. 23.1 de la Ley establece que los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles tienen deber de informar acerca de esta ley en el ámbito de sus competencias.

- REFERENCIA AL RÉGIMEN DE LAS CONDICIONES GENERALES Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CON LOS CONSUMIDORES
- Modificación de la Ley de defensa de los consumidores.

Ha modificado su artículo **10**, regulando las cláusulas contractuales no negociadas individualmente con los consumidores. La modificación más importante es la de las **cláusulas abusivas**.

- Noción y alcance del régimen de las cláusulas abusivas.

Se definen en el art. 10 de la Ley de defensa de los consumidores. No dejan de ser abusivas porque se negocien aisladamente o alguno de sus elementos. Son nulas de pleno derecho y se tienen por no puestas. Produce la nulidad parcial del contrato.

- Enunciación de supuestos de cláusulas abusivas.

La disposición primera de la Ley de defensa de los consumidores contiene una enunciación de éstas, según la Directiva comunitaria. Es una lista abierta:

- Vinculación del contrato a la voluntad del profesional.
- Privación de derechos básicos del consumidor.
- Falta de reciprocidad.
- Garantías desproporcionadas al riesgo asumido, carga de la prueba contra el consumidor.
- Otras.
- **LOS CONTRATOS DE COMISIÓN Y LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS.**
- CONCEPTO Y FORMACIÓN DEL CONTRATO DE COMISIÓN.
- Concepto del contrato y formas de actuar del comisionista.

Se regula en el art. **244 y ss CCom**. Tradicionalmente, fue un medio para colaborar dos comerciantes, sobre todo en una compra. Es importante porque tiene un amplio contenido ahora. Supone una variable mercantil al contrato de mandato. Se basa en la confianza, es *intuitu personae*. Se define como **el mandato por el cual el mandatario o comisionista se obliga a realizar o a participar en un acto o contrato mercantil por cuenta de otra persona o comitente**.

Criterios:

1º–Objetivo: acto u operación de comercio.

2º–Subjetivo: comerciante como comisionista o comitente.

Es un contrato de colaboración y complementación entre actividades empresariales

El comisionista siempre actúa por cuenta del comitente, pero puede hacerlo **en nombre propio** –no hay representación directa, se establecen relaciones directas entre el tercero y el comisionista– o **en nombre del comitente**, haciéndolo constar –con los efectos de la representación directa, los derechos son adquiridos por el comitente y frente a él; aquí responde si no existe comitente o si éste niega la comisión.

- Formación del contrato.

Es un contrato consensual, perfeccionado **por el mero consentimiento**, de forma expresa o tácita. El art. 249 la presume si el comisionista realiza alguna gestión del encargo. Si va a rehusarla, ha de comunicarlo de la forma más rápida y ser diligente en la conservación de los efectos entregados –248 CCom.

- EFECTOS DEL CONTRATO.
- Obligaciones del comisionista.

Ha de cumplir la comisión, pero puede suspenderla si no recibe la **provisión de fondos**, salvo que se comprometa a su anticipo y, entonces, deberá reclamarlos como cualquier otro título contractual. Con diligencia debida, según instrucciones del comitente, defendiendo sus intereses como propios. Ha de comunicar las noticias de interés.

Reglas específicas:

- ♦ **Art. 254:** exento de cualquier responsabilidad si se ajusta a las instrucciones dadas.
- ♦ **Art. 255:** hay que consultar en lo no previsto al *dominus negotii*, de acuerdo con la naturaleza del negocio, si es posible. Si no, según su prudencia: usos del comercio, cuidándolo como propio.
- ♦ **Art. 256:** si actúa contra las instrucciones del comitente, tiene responsabilidad, bien porque desconoce maliciosamente o culposamente.

RENDICIÓN DE CUENTAS: ha de hacerlo de las cantidades que percibió y devolver el sobrante. Debe devolver también lo no vendido – en general, de las mercancías que tenga en su poder. Se regula en los artículos 257, 263 y 266.

COMISIÓN DE GARANTÍA: en el art. 272, además de su retribución, percibe otra por hacerse cargo de los riesgos de la cobranza, como retribución extraordinaria. El comisionista, por tanto, responde de los actos de los terceros con los que contrató. Impuesta por muchas leyes.

PROHIBICIÓN DE AUTOENTRADA: desconfianza reflejada en el art. 267. Es competencia desleal, contra el respeto a los intereses del comitente. No puede convertirse en parte del contrato, porque habría conflicto de intereses. Tanto para sí como cuando mezcle dos encargos. No tiene mucho sentido en ámbitos con precios objetivos.

SUSTITUCIÓN DEL COMISIONISTA Y SUBCOMISIÓN: 261 Y 262. Por la confianza en la que se basa, deberá desempeñarlos por sí, sin delegación. El comitente podrá consentirlo, aunque el comisionista responde igualmente si es él el que le elige. El TS ha admitido, sin embargo, la figura de la subcomisión, que es diferente.

- Obligaciones del comitente.

Pago de la comisión. Nada dice sobre el momento en el que es exigible, pero suele aplazarse a la correcta ejecución, con la cláusula salvo buen fin. También debe satisfacer los gastos y desembolsos. El comisionista podrá retener bienes o productos hasta que se le pague, como derecho preferente frente a terceros– 276– y tiene derecho a ser pagado con el importe de las mercancías vendidas con preferencia al resto de acreedores,

excepto el porteador.

- COMISIÓN DE TRANSPORTE.
- Agencias de transporte.

La comisión de transporte es en la que la comisión **es la conclusión de un contrato de transporte**. Se regula en el CCom y en la legislación específica. Necesariamente las agencias de transporte actúan como **comisionistas que actúan en nombre propio**, por transporte terrestre siempre. Regulado en la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre. El comisionista garantiza el cumplimiento del porteador– salvo pacto contrario, es una comisión de garantía.

- Agencias de viaje.

Son sociedades mercantiles, con mucha regulación reglamentaria y especializadas en el transporte de viajeros. Los clientes son los comitentes.

- EXTINCIÓN DEL CONTRATO.

CCom parte de la idea de persona física. Existen las causas generales. También se extingue por **revocación** del comitente, aunque puede limitarse por pactos, por **muerte o inhabilitación del comisionista**, no del comitente, que depende de lo que decidan sus representantes.

- LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS.
- Consideraciones generales.

Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Perspectiva del Derecho privado. Subsidiariamente, normativa civil. Define anunciante, agencia de publicidad y medios de publicidad. El art. 11 deslinda la actividad publicitaria del resto. En el art. 13 se prohíben las cláusulas que exoneren de responsabilidad o la limiten a los contratantes. El art. 14 considera nula la cláusula por la que una agencia garantiza un resultado económico, es irrelevante. No requieren forma escrita.

- Contrato de publicidad.

El anunciante encarga a una agencia de publicidad, por un precio, la ejecución o preparación de determinada publicidad, asumiendo su interés como propio. Art. 16 regula el problema del intercambio de información, puesto que el anunciante ha de proporcionar a la agencia medios y datos para llevarlo a cabo. El titular de la agencia realiza la publicidad según lo convenido y a controlar su ejecución con los medios de difusión. Si no se ajusta a las instrucciones, puede rebajarse el precio, repetir la publicidad y pedir la indemnización correspondiente. Si no se hace en el tiempo convenido, podrá resolverse el contrato.

- Contrato de creación publicitaria.

Una persona se obliga a crear un elemento publicitario (campaña publicitaria vinculada al signo distintivo y al mensaje publicitario), a cambio de dinero. El bien inmaterial que surge es objeto de propiedad industrial o intelectual. Los derechos de explotación se ceden en exclusiva al anunciante o agencia, según el art. 23.

- Contrato de difusión publicitaria.

El titular de un medio de difusión se obliga a propagar cierta publicidad a cambio de dinero. Es un contrato de resultado – la divulgación. Puede hacerse con la agencia de publicidad o con el anunciante.

Una subespecie es el **CONTRATO DE PATROCINIO**: el patrocinado se compromete a colaborar con la

publicidad del patrocinador a cambio de una ayuda económica. Domina la voluntad benefactora del patrocinador. Se flexibiliza la aplicación de las reglas del contrato de difusión.

- **CONTRATOS DE COLABORACIÓN Y DISTRIBUCIÓN: CONTRATO DE AGENCIA, DE CONCESIÓN MERCANTIL, DE FRANQUICIA, DE CORRETAJE Y DE FACTORING.**

Todos son contratos de colaboración y distribución. Generan mucha conflictividad y jurisprudencia, puesto que hay una contraposición rotunda de intereses legítimos. Vías de expansión en nuevos mercados.

- CONTRATO DE AGENCIA.
- Noción y régimen.

Es aquel por el que una persona –**agente**– se obliga de manera continuada o estable a promover actos u operaciones de comercio a cambio de una remuneración, sin asumir el riesgo y ventura. Se contiene en el **art. 1 de la Ley sobre Contrato de Agencia, 12/1992, de 27 de mayo**, que tiene como origen una Directiva comunitaria. Es afín al contrato de comisión, con la diferencia de que se vincula de modo estable. El sujeto puede ser **persona física o jurídica**. La actuación es esencialmente de promoción.

Los preceptos de la Ley son **imperativos**, mientras no diga lo contrario, por la posición de dominio del empresario.

- Notas características.

Son las siguientes:

- **Duración:** relación jurídica duradera.
- **Independencia:** el agente organiza la actividad según sus criterios.
- **No asunción de riesgos:** aunque se puede garantizar su cumplimiento, las consecuencias recaen sobre el empresario. Admite la modificación convencional. No son comerciales, que sí están vinculados al empresario.
- **Bilateralidad onerosa:** retribución reconocida para el agente

- Obligaciones de las partes.

a) *Obligaciones del agente:* la regla general es que el agente no puede concluir o formalizar los contratos – prestar el consentimiento. Es una actividad de colaboración, excepto si tiene atribuida esa facultad. Deberá actuar de **forma leal** y de **buena fe**, velando por los **intereses del empresario**. Debe ajustarse a las **instrucciones** y **comunicar** las novedades. Puede recibir reclamaciones de terceros. También tiene la obligación de **no competencia**, es decir, no ejercer por su cuenta o la de otro empresario una actividad respecto a los mismos bienes o servicios, sin consentimiento del empresario, aunque con carácter general puede desarrollar su actividad por cuenta de varios.

b) *Obligaciones del empresario principal (comitente):* ha de facilitar la labor del agente con **información** y comunicándole la **aceptación** de la operación en el plazo más breve, así como su ejecución. La obligación más importante es el **pago de la remuneración pactada**, que puede ser una cantidad fija, una comisión o una

combinación de ambas; a falta de pacto, según usos. La comisión se calcula según lo establecido en el art. 12 y 13 – hay operaciones incluso posteriores a la extinción del contrato relevantes para calcularla, puesto que son consecuencia de la actividad del agente. No se percibirá si no se ha ejecutado la operación por causas no imputables al empresario (que deberá probarlas).

- Extinción del contrato.

- ◆ Por transcurso del tiempo pactado. Será indefinido si nada se ha previsto o si se sigue ejecutando transcurrido el plazo. Hay que denunciarlo unilateralmente, con un preaviso de 1 mes por cada año de duración, con un máximo de 6 meses.
- ◆ Acuerdo de las partes.
- ◆ Incumplimiento de las obligaciones.
- ◆ Declaración de quiebra o suspensión de pagos de cualquier parte.
- ◆ Muerte o declaración de fallecimiento del agente.

La ley prevé una **indemnización general a favor del agente por clientela (art. 28)** y otra **por daños y perjuicios (art. 19)**, en algunos casos. La primera depende de si se ha extinguido por paso del tiempo o muerte y de si ha aportado nuevos clientes; como máximo es del importe medio anual de las remuneraciones percibidas en los últimos 5 años – según el profesor, es norma dispositiva, aunque la jurisprudencia no es clara. La segunda se basa en que haya daños producidos por la extinción anticipada del contrato, sin posibilidad de que el agente pueda amortizarlos. El artículo 30 señala los casos en los que no habrá derecho a estas indemnizaciones: incumplimiento del agente, denuncia del contrato por parte del agente, por cesión del contrato a un tercero.

- Prescripción.

Régimen del CCom – art. 944. 3 años para reclamar retribuciones y 1 para indemnizaciones.

- EL CONTRATO DE CONCESIÓN MERCANTIL Y EL DE FRANQUICIA.
- Contrato de concesión.

Difusión creciente. Un empresario – **concesionario** – se obliga a adquirir de otro – **concedente** – productos, normalmente de marca, y con condiciones tales como operar exclusivamente en una zona, para revenderlos –lo que origina su retribución– y prestar a los compradores determinada asistencia postventa. El concesionario actúa **en nombre y por cuenta propia**. Forma parte de la red de distribución del concedente.

Es un contrato **atípico**, sin regulación legal. La base es la independencia recíproca de ambos empresarios, cada uno actúa en su propio interés. Se diferencia del de agencia en que aquí el riesgo es del concesionario. Destaca en el sector de la automoción, maquinaria industrial... Es, además, un mecanismo de distribución de los productos del concedente. Suele comportar otros pactos, para proteger la reputación del concedente. El concedente tiene, por tanto, interés en supervisar la actuación del concesionario.

Como suele comportar un **pacto de exclusiva**, puede afectar al principio de libre competencia, por lo que estos contratos han de cumplir ciertos requisitos fijados por Reglamentos comunitarios. Esto ha supuesto un descontento generalizado en el sector de los concesionarios, porque ya no tienen tanto margen de actuación.

El contrato de concesión tiene **tipificación social y jurisprudencial**. La naturaleza jurídica no es pacífica entre la doctrina, pero se entiende que es un contrato *sui generis*.

Es un contrato bilateral, basado en la confianza, por tanto, *intuitu personae*, duradero

Se extingue por las causas que prevé. Mucha litigiosidad (el concedente suele predisponer el contrato mediante cláusulas generales). La resolución del contrato, tanto si es nula como si es lícita, da lugar a una indemnización por clientela. Si es indefinido, puede darse la denuncia unilateral, pero con un plazo razonable de preaviso.

- Contrato de franquicia.

Este contrato tiene como fin facilitar de modo estable la distribución de bienes o servicios mediante una red. El **franquiciador** transmite al **franquiciado** ciertos conocimientos para que los aplique a su negocio, consintiendo que use su rótulo y otros signos distintivos para su actividad, que será supervisada por el franquiciador.

La Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, se ocupa de esta figura. Se crea un Registro de Franquiciadores, dependiente del Ministerio de Economía. Los franquiciadores pueden ser personas **físicas o jurídicas**. Pretende tutelar al consumidor y al franquiciador.

El concesionario de la franquicia ha de recibir con antelación suficiente el texto del contrato, referido no sólo a él mismo, sino también a la red en España. El contenido del contrato se concreta en que el franquiciado se obliga a realizar la actividad precisa con diligencia y a pagar la contraprestación. Extinguido el contrato, queda obligado a no usar los signos distintivos y a cesar en la actividad.

- EL CONTRATO DE MEDIACIÓN O CORRETAJE.

Una persona se obliga a abonar a otra – **mediador o corredor** – una remuneración por indicarle la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o por servirle de intermediario si ha contribuido a ella, dependiendo la remuneración de la celebración del contrato. Es bilateral, aunque parte de la doctrina lo considera unilateral, en contra de la jurisprudencia.

Es **atípico**, aunque tiene normas reglamentarias que disciplinan el ejercicio de algunas profesiones de mediadores: APIs, Corredores de Seguros, etc.

- EL CONTRATO DE *FACTORING*.
- Noción y funciones.

Una sociedad se obliga frente a un empresario a gestionar el cobro del conjunto de los créditos que tiene frente a sus clientes, garantizando una parte o la totalidad o anticipándolos, o ambas cosas. Puede haber **prestaciones complementarias**: contabilidad, selección de clientes...

Destaca las funciones de garantizar créditos cedidos por los empresarios y anticipar su importe. Se consideran por el Banco de España como **establecimientos financieros de crédito**.

- Naturaleza jurídica.

Al ser un contrato complejo, es discutida. Tiene características del de comisión mercantil, pero sigue siendo *sui generis*. Es un contrato **complejo o mixto, duradero**, que da lugar a varias relaciones jurídicas.

- Obligaciones de las partes.

Las obligaciones de las partes son:

- ♦ Para la sociedad factoring o factor, la gestión del cobro de los créditos que no le sean cedidos, sino encargados para ser presentados al cobro, más los servicios complementarios convenidos. Se obliga, generalmente, a financiar al empresario, mediante la cesión de los créditos, a cambio del descuento de un interés. Si resultan impagados, ha de devolver lo anticipado. Puede asumir el riesgo del impago, es decir, una función de garantía.
- ♦ El empresario ha de ceder los créditos de su actividad durante el tiempo del factoring. El factor suele poder rechazar los que prefiera gestionar simplemente su cobro.

- **COMPRAVENTA MERCANTIL.**

- **DELIMITACIÓN DE LA COMPRAVENTA MERCANTIL.**

- Introducción.

Una persona – **vendedor** – se obliga a entregar una cosa a otra – **comprador**, que se compromete a pagar un precio. Función económica fundamentalmente, de circulación de bienes. Es **bilateral**. Parte de la regulación del CC. Esta doble regulación hace que aumente la litigiosidad. Además, hay normas especiales para proteger a los consumidores que intervienen en estas compraventas. La Ley del Comercio Minorista también afecta desde la perspectiva general, porque da igual si es civil o mercantil para que sea aplicada.

Es una figura histórica, tradicional, típica.

- Delimitación según el CCom.

En los arts. **325 y 326** se la diferencia de la civil. Surgen muchos problemas, puesto que la terminología es imprecisa. Los criterios doctrinales, aunque no coincidentes, son:

- Finalidad de lucro en la reventa para cosas muebles, tanto si se venden con o sin modificación de su estado.
- Ventas de empresarios cuando el comprador también lo es.

En el art. 326 hay reglas negativas, cuándo no es mercantil. Está desfasado.

- Normas sobre venta al público.

La falta de regulación del CCom nos remite a la **Ley 26/1984, de defensa de los consumidores**, aunque el consumidor ha de ser destinatario final, no cuando la va a integrar en un proceso de producción; a la **Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de ventas fuera de establecimiento mercantil**, y la **Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista**, modificadas por directivas comunitarias posteriores.

- Carácter dispositivo de las normas sobre la compraventa mercantil.

Es un régimen esencialmente **dispositivo**, puede derogarse por la voluntad de las partes. Al intervenir empresarios, con poder de negociación, se justifica la necesidad de ser modificado por la autonomía de la voluntad. En algunos sectores del comercio se han ido estableciendo cláusulas usuales tipificadas en el tráfico – CIF, FOB – y, para evitar la interpretación no uniforme de las mismas, se han dictado las normas de interpretación de los términos comerciales por la Cámara de Comercio Internacional – incoterms.

Sin embargo, si interviene un consumidor, su reglamentación es imperativa, con derechos irrenunciables.

El CCom tiende a proteger al vendedor que cumple, porque tradicionalmente se entendía que así se protegía la seguridad del tráfico.

- **REFERENCIA AL RÉGIMEN DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS.**

Se produce una internacionalización progresiva de la compraventa mercantil. Las compraventas internacionales de mercancías se rigen por la **Convención de Viena de 1980, de las Naciones Unidas**. También sirve de principio inspirador de las regulaciones de otros códigos o como principios generales de los contratos. Se aplica cuando un empresario tenga su sede en un estado parte o cuando uno prevea la aplicación. No se aplica, salvo pacto expreso, a la validez, estipulaciones, usos o efectos sobre la propiedad del contrato. Es, fundamentalmente, dispositivo.

- **FORMACIÓN DEL CONTRATO DE LA COMPRAVENTA MERCANTIL.**

Es **consensual**, perfeccionado por el consentimiento de las partes. Esta es la regla general, del CCom, aunque hay, sin embargo, modificaciones por las leyes especiales:

- ◆ En la LOCM establece que el orden temporal será el definitivo para proceder a la venta.
- ◆ Si se vende mediante muestra, se perfecciona desde que hay acuerdo, aunque si resulta ser de otra naturaleza, puede negarse a recibirlo.
- ◆ En las ventas a ensayo, puede resolver el contrato si no cumple las condiciones una vez ensayado.
- ◆ Si es al por menor, el comprador puede desistir de la compraventa, si la devuelve.

- **EFFECTOS DEL CONTRATO.**
- **Obligaciones del vendedor.**

Son la entrega de la cosa (es esencial, sin ella no se cumple la finalidad económica) y la garantía de evicción y vicios o defectos de la cosa (es natural, puede suprimirse).

Obligación de entrega: si está determinada, será dicha cosa. La entrega no se refiere a la traditio en sentido estricto, sino en sentido amplio, a la puesta a disposición. Se admite la tradición ficticia o instrumental. Ha de hacerse en el plazo pactado. Si no lo hay, según el art. 337, ha de hacerlo en las 24 horas siguientes al contrato.

Obligación de garantía: saneamiento por evicción y por vicios o defectos:

1. Denuncia de los vicios y defectos de la cosa. Deber de denunciar con rapidez su existencia, si no, pierde todas las acciones judiciales. El art. 336 es inaplicable cuando los efectos son especialmente severos.

2. Plazos para efectuar la denuncia. Impone una diligencia al comprador. Si son aparentes, en la entrega. Puede examinarlo voluntariamente o por imposición del vendedor. 4 días si están embaladas. Si son vicios internos, 30.

3. Efectos de la denuncia. El comprador conserva la acción para reclamar contra el vendedor.

4. Modificación convencional de la obligación de garantía por vicios. Es dispositiva. Existe una cláusula frecuente como garantía del buen funcionamiento, garantizando un periodo mínimo de uso.

5. La garantía del comprador en las leyes del consumidor. Las leyes mencionadas antes intentan establecer un régimen especial para proteger al consumidor-comprador por medio de normas imperativas:

- **Obligación de garantía:** parte del principio de conformidad de los bienes con el contrato. Se asimila la prestación con defectos o vicios ocultos a la prestación diversa. Puede pedir la sustitución o reparación, o bien resolver el contrato o rebajar el precio.
- **Garantía comercial adicional:** para ampliar la de la ley, por escrito, con acción para reclamar el

cumplimiento de lo dispuesto en 6 meses.

- **Servicio técnico posterior a la venta:** el productor o importador garantizará un adecuado servicio técnico para los bienes y sus repuestos.

- Obligaciones del comprador.

Pago del precio: obligación fundamental, con los requisitos del 1.445 CC. Salvo pacto diferente, ha de hacerse inmediatamente después de la entrega de la cosa. La LOCM regula el pago cuando el vendedor sea un proveedor y el comprador un comerciante: si son productos perecederos, 30 días; si se pacta plazo mayor de 60 días, debe reflejarse en documento con acción cambiaria. Si es por más de 90 días, será endosable a la orden. Prescribe este derecho del vendedor a los quince años, aunque en las ventas de empresarios con consumidores se reduce a tres.

Recepción de la mercancía: el comprador se hace cargo de las mercancías, facilitando la recepción. Depende del momento y lugar. En los arts. 333–339 se enumera casuísticamente cómo será, pero se entiende que si no se dice nada, tendrá lugar en el establecimiento del vendedor.

- LA TRANSMISIÓN DE LOS RIESGOS.

El CCom, sobre la transmisión del riesgo – destrucción, pérdida, etc, por causa no imputable– dice:

- Si es cosa determinada, el riesgo es del vendedor hasta que está en disposición del comprador.
- Si es de cosa genérica, se transmite cuando se especifica la mercancía.
- Si existe la facultad de examinar la mercancía, no se transmite hasta que es examinada.

Suele haber cláusulas típicas que señalan el lugar que determina el momento de transmisión del riesgo.

- EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.
- Incumplimiento de la obligación de entrega.

El CCom equipara al incumplimiento total la falta de entrega de las mercancías en el plazo, por lo que el comprador puede pedir la resolución del contrato. El comprador tampoco tiene por qué recibir una parte de las mercancías si el vendedor no le entrega el total, aunque si lo hace se entenderá consumada la venta por dicha porción.

- Incumplimiento de la obligación de pagar el precio.

Si no paga el precio, se constituye en mora y ha de pagar el interés legal. La LOCM establece intereses moratorios muy elevados para los proveedores que se retrasen. Si no ha habido plazo para pagar el precio, no tiene por qué entregar la cosa si no recibe el precio. Además, podrá revenderla. Y, cuando ha sido entregada, tiene carácter de preferente el crédito que le otorga el art. 1922.1 CC.

- Incumplimiento de la obligación de recibir las mercancías.

Se produce cuando sin justa causa rehúsa el recibo de los efectos o cuando demora hacerse cargo de ellos, según el art. 332. El vendedor puede depositarlo judicialmente. El vendedor puede resolver el contrato, siendo del comprador los daños y perjuicios. Si no los deposita y continúa con el contrato, ha de custodiarlos.

- **CONTRATOS ESPECIALES DE COMPRAVENTA, SUMINISTRO, ESTIMATORIO Y ARRENDAMIENTO FINANCIERO.**
- PROMOCIÓN DE VENTAS.

La LOCM intentó sistematizar algunas ventas, mezclando preceptos administrativos con otros de Derecho privado. Dominada por preocupación intervencionista.

Algunas han sido así calificadas – ciertas ventas de comerciantes minoristas al público – con una regulación extensísima: rebajas, ofertas, en liquidación, obsequios, etc...

- **VENTAS ESPECIALES.**

Autorización administrativa de la Comunidad Autónoma o Ministerio: pública subasta, a distancia, automática, ambulante...

Aquí se incluye la **VENTA A DISTANCIA**. Se definen como las ventas celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y vendedor cuando el vendedor tenga organizado un sistema de contratación a distancia. En la fase previa, el vendedor debe suministrar datos básicos, de acuerdo con la buena fe. Ha de quedar claro que es una oferta comercial. La aceptación ha de ser expresa y la entrega ha de producirse en 30 días o el precio será devuelto. Existe derecho de desistimiento en los 7 días ss.

- **RÉGIMEN ESPECIAL DE LA COMPRAVENTA A PLAZOS.**
- Introducción.

Su régimen se encuentra en la **Ley 28/1998, de 13 de julio**. Tiene por objeto también los préstamos que facilitan la adquisición de los bienes muebles y las garantías para asegurarlos. Tiene carácter imperativo y se completa con otras leyes.

- Concepto y notas del contrato de venta a plazos.

Es una venta a plazos aquella en la que una parte entrega a la otra una cosa mueble y corporal y ésta se obliga a pagar por ella un plazo cierto de forma total o parcialmente aplazada en el tiempo superior a 3 meses desde la percepción del contrato. La cosa ha de ser identificable.

Notas específicas:

- Ha de constar por escrito. Puede inscribirse en el Registro de Bienes Muebles.
- El documento ha de tener las menciones obligatorias del art. 7.
- El comprador puede desistir del contrato en los 7 días siguientes.
- Debe hacerse constar el precio de adquisición al contado y el precio total a plazos.
- Reserva de dominio.

Cláusula tradicional y potestativa. Puede oponerse frente a terceros si ha inscrito.

- Demora en el pago de los plazos.

Si se demora en dos plazos, el vendedor puede optar por exigir el pago de todos o la resolución. El juez puede señalar nuevos plazos de acuerdo con las circunstancias personales. Si resuelve el contrato, se entregarán recíprocamente las prestaciones realizadas, con ciertas reglas especiales sobre la depreciación comercial o el desembolso inicial.

- **CONTRATO DE SUMINISTRO.**
- Noción y caracteres.

No está en Derecho privado, sino en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Pretende satisfacer necesidades periódicas, de modo que esta duración temporal es la razón de ser del contrato. Es **único**, no un

conjunto de contratos, puesto que ésta es la voluntad de las partes. Ha de entregar **cosas genéricas**, se excluyen los servicios.

- Contenido del contrato.

Se pueden delimitar las prestaciones o dejar su fijación según el suministrado, aunque suele señalarse un mínimo y un máximo. Suele haber cláusulas de exclusiva. El precio se fija por cada prestación o según el conjunto de ellas, con revisiones de precio periódicas.

- Incumplimiento del contrato.

Sólo se incumple cuando se genera la pérdida de confianza, no con un incumplimiento aislado.

- CONTRATO ESTIMATORIO.

Una persona – **tradens**– entrega a otra – **consignatario o accipiens**– una cosa con el encargo de venderla y, en la época pactada, el consignatario deberá entregar el precio señalado o restituir la cosa.

Tradición histórica. Naturaleza jurídica discutida. Es una modalidad de la comisión de venta. El consignatario tiene la disponibilidad de las mercancías y la obligación de pagar su precio si se destruyen por caso fortuito.

- CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO (*LEASING*).
- Noción y caracteres.

Es una técnica de **adquisición de bienes muebles o inmuebles** que le aparta de la compraventa, sin regulación y con creciente difusión.

Una parte – **Sociedad de arrendamiento financiero o arrendador financiero**– cede a otra – **usuario o arrendatario**– el uso de un bien a cambio del abono de cuotas periódicas, siendo este bien previamente adquirido por un tercero – **proveedor**– por indicación y según las instrucciones del futuro usuario.

Notas:

- El usuario selecciona el bien y el proveedor.
- La propiedad es del arrendador financiero y la posesión del usuario.
- Las cuotas de arrendamiento han de tener una duración determinada.
- El usuario tendrá la facultad de adquirir el bien al término pactado.

Su causa no es la transmisión del bien, sino la **cesión de su uso**. Los contratos de bienes muebles corporales no consumibles e identificables podrán inscribirse en el Registro de bienes muebles.

- Naturaleza jurídica.

Es una figura especial, no puede equipararse a otras.

- Contenido del contrato.

El contrato es **bilateral**, aunque presupone la existencia de tres personas. Tiene como presupuesto económico la adquisición por el arrendador financiero de un bien cuya posesión está en manos del usuario. El contenido viene determinado por las obligaciones de las partes.

Obligaciones del arrendador financiero: la esencial es la adquisición del bien elegido por el usuario y

facilitar la entrega de la posesión de ese bien. Este mantenimiento de la propiedad tiene una función de garantía. El usuario podrá exigir al arrendador, como si fuera parte del contrato de compraventa, el cumplimiento de sus obligaciones.

Obligaciones del usuario: la esencial es el pago en los plazos convenidos de las cuotas pactadas. En caso de incumplimiento, el arrendador tiene además derecho a intereses moratorios. También ha de conservar con diligencia el bien cedido. El usuario tiene que devolver el bien al término del plazo, o bien adquirirlo o prorrogar el plazo. Si se destruye por caso fortuito, corre por cuenta del usuario. El arrendador financiero puede resolver el contrato en caso de incumplimiento, si se ha llevado a cabo con ciertas formalidades, recabar el cumplimiento de las obligaciones mediante el proceso monitorio o de ejecución o requerir extrajudicialmente.

- Tutela del derecho de propiedad del bien arrendado.

Es importante cuando se produce un embargo sobre su patrimonio o está en concurso, sobre todo. Si se trata de bienes inmuebles, la inscripción a nombre de la sociedad de arrendamiento es suficiente. La inscripción en el Registro de bienes muebles es similar para este otro tipo de bienes. También podrá ejercitar una tercería de dominio si consta en documento público.

- Cesión del contrato.

Por parte de ambos, con regímenes distintos. La del arrendador no plantea problemas, incluso cuando es en todo o en parte sobre derechos sobre el bien arrendado.

Por parte del usuario puede ser transmitiendo por completo su posición jurídica o simplemente el derecho a usar el bien. Se necesita, en ambos, consentimiento expreso del arrendador.

- **RÉGIMEN JURÍDICO DEL MERCADO DE VALORES.**
- **ORGANIZACIÓN DEL MERCADO DE VALORES.**
- **Referencia al régimen del mercado de valores.**

Reforma por **Ley 24/1988, Ley 37/1998 y Ley 44/2002**, que autoriza al Gobierno a elaborar un texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

La normativa en este campo ha sido impulsada por las Directivas de la UE, en base al principio de libertad de movimientos, para crear mercados unificados. La LMV se ha desarrollado reglamentariamente de forma extraordinaria, por lo que el material normativo es complejo.

La LMV regula diferentes mercados. Supuso un paso determinante – **mercado continuo**, sin traslación. Son normas sobre los sujetos que intervienen en estos mercados, que son, sobre todo, personas jurídicas – mediadores, etc. Está orientada a la satisfacción del **interés general**: **APELACIÓN PÚBLICA A LA INVERSIÓN**. Son mercados abiertos y públicos por la libertad de acceso a los mismos y por la conexión con la economía en general. El ahorro se canaliza mediante **instrumentos de inversión colectivos**. La evolución de la Bolsa no es puramente especulativa, sino que de ella depende el ahorro de muchas familias.

La tutela se recoge en el **artículo 13 LMV**: principios de la CNMV:

- ◆ Transparencia de mercados.
- ◆ Correcta formación de los precios.
- ◆ Protección de los inversores, fundamentalmente.

Inspiración **jurídico-pública** de la ley. Ha tenido un desarrollo muy minucioso, debido a la inherente

complejidad de los mercados.

- **Distinción entre mercado primario y mercados secundarios de valores.**

Distinción económica. El mercado **primario** es aquel en el que los inversores suscriben valores en el momento de su emisión, cuando por primera vez se negocian. En los **secundarios**, esto sucede posteriormente a su suscripción, ya han sido objeto de transmisión. En el primero hay una adquisición originaria y en el segundo, derivativa.

- **EL MERCADO PRIMARIO DE VALORES.**

- **Antecedentes y régimen vigente.**

Desarrollo reducido por razones económicas y jurídicas. Mayor atención en mercados secundarios – Bolsas Oficiales de Comercio.

Se basa en el Derecho de sociedades anónimas: operaciones de ampliación de capital, fundación sucesiva (captar inversión), OPS (ofertas públicas de suscripción) y OPV (ofertas públicas de venta). Son el instrumento típico para acceder a los mercados de valores. Los valores existen pero **nunca se han negociado en público**. El oferente vende un paquete importante de acciones: Estado con Tabacalera, Telefónica, etc. Amplía la base accionarial. Pretende llegar a una masa de inversores a la que no llegaría fuera de los mercados. La inversión tiene un límite: una empresa grande no puede financiarse exclusivamente con el mercado español y, por tanto, tiene que ofrecer los valores en varios mercados, con su capital, como consecuencia, fraccionado en varios mercados.

El artículo **26 bis LMV** consagra la **reserva de actividad**: la apelación pública al ahorro será obligatoriamente y siempre con los requisitos de la ley; si no, habrá consecuencias sancionadoras.

El mercado primario se regula en el **RD 291/1992**, que detalla y amplía los requisitos del artículo **26 LMV**, que son:

- ◆ Comunicación a CNMV.
- ◆ Acuerdos societarios.
- ◆ Auditoría de las cuentas de los estados financieros. El auditor pretende asegurar que objetivamente sea cierto el valor que la sociedad dice que tiene. Es un instrumento a disposición de los accionistas.
- ◆ Folleto en CNMV: contenido y estructura tasados. Fuerzas antagónicas: transparencia frente a promesa de ganancias. La CNMV debe verificar el contenido y la realidad del folleto. Ha de estar firmado por el representante de la entidad emisora, que tiene responsabilidad personal por ello.
- ◆ Requisito temporal: límite en duración.

En el artículo **27** se detalla la documentación a aportar.

El artículo **29** establece que cualquier técnica de colocación de la emisión es válida: prensa, tv, atribución de derechos de suscripción preferente, etc... siempre y cuando se conozca antes de ser usada la técnica de mercadotecnia que va a ser usada.

- **Delimitación del mercado primario de valores.**

Delimitación sustancial: emisiones de valores caracterizados por negociabilidad y agrupación en emisiones. Por **valor negociable** se entiende valor mobiliario, con una definición muy amplia. La emisión y oferta pública se definen sobre el criterio de la homogeneidad de los valores, el de la publicidad de la oferta de

valores y el de la intermediación de una entidad profesional en la comercialización. Cualquiera determina la sujeción.

Delimitación territorial: en territorio nacional. Que se emitan, negocien o comercialicen en el territorio español (art. 3 LMV).

- **Las emisiones de valores.**

Varios tipos según sus características y el procedimiento de verificación:

- **Emisiones comunes de valores:** no tienen ninguna característica especial, por lo que quedan sujetas al cumplimiento previo de todos los requisitos del artículo 26 y ss LMV y 5.2 RD 291/1992. la comunicación previa ha de hacerse en tres días y la CNMV ha de verificarlos en un mes. Puede denegar motivadamente su registro si hay infracciones contra el ordenamiento jurídico. El RD desarrolla las previsiones de la LMV, estableciendo los requisitos necesarios; sobre todo regula el **folleto informativo**, que pretende recoger una información completa y razonada sobre el emisor y los valores que ofrece. Se distinguen folletos completos, continuados del emisor y reducidos – de emisión u oferta o de programa.
- **Emisiones especiales de valores:** varias subespecies:
- Las que requieren una autorización administrativa previa, en los casos previstos en la Ley, del Ministro de Economía y Hacienda.
- Emisiones exceptuadas de requisitos exigibles – generales– o de informes de auditoría o del folleto informativo – parciales. Obedecen a la naturaleza del emisor– Estado–, al tipo de inversor u otras circunstancias.
- Tratamiento específico de acuerdo con la oferta o circunstancia de que el oferente no tenga su domicilio en España. Varias especialidades.
- **Modificación de valores en circulación.**

En el **Cap. III RD 291/1992** se establece que se someten a requisitos propios a las modificaciones sustanciales de valores ya emitidos. La CNMV decide sobre la modificación y su contenido y es notificada después de adoptado el acuerdo.

- **Actividades profesionales relacionadas con las emisiones u ofertas públicas de venta.**

En el **Cap. V RD 291/1992**, se regulan ciertas actividades relacionadas con el mercado primario de valores: entidades colocadoras, entidad directora y entidad aseguradora.

Las agencias para intermediar en la colocación de la suscripción a cambio de una comisión se llaman **entidades colocadoras o comercializadoras** y suelen ser una red de las entidades de crédito. Por encima de ellas están las **entidades directoras**, que gestionan ante la CNMV todo el procedimiento, pero sin incurrir en responsabilidad. La **entidad aseguradora** garantiza el éxito de la suscripción en el folleto (se zampa las acciones que no venda).

El problema en la práctica es que falla el sistema de verificación – salida a Bolsa supervalorada. Es un problema jurídico, no económico.

- **Información y régimen sancionador.**

El RD se remite a la LMV y a sus normas de conducta para la preparación, diseño, lanzamiento y demás actividades. Pretende acentuar la función de la CNMV, puesto que establece un especial deber de información de los emisores y oferentes de valores, para lograr mayor transparencia en el mercado primario.

- **LOS MERCADOS SECUNDARIOS OFICIALES DE VALORES.**

- **Función económica y clases.**

Artículos 31 y siguientes de la LMV.

Aquí se contratan valores que ya han sido suscritos tras su emisión. Sobre todo facilitan la **desinversión**, para que quien originariamente los adquirió pueda recuperar su dinero enajenándolos. Facilitan la **liquidez**, es decir, la posibilidad de desprenderse de valores o adquirirlos fácilmente. La función económica es la venta derivativa, es una operación de transmisión de valores esencialmente por compraventa. Por esto, las sociedades cotizadas en los mercados secundarios han de ser **abiertas**, sus valores están vinculados a esa liquidez. La libre transmisibilidad o liquidez la mejor medida para tutelar al accionista minoritario o a cualquier otro.

La LMV se ocupa de los mercados secundarios de valores, considerando que lo son los que funcionen regularmente conforme a lo prevenido en la Ley y en sus normas de desarrollo. Son de diversas clases según los valores o instrumentos financieros que se negocien en ellos. Se caracteriza, por tanto, por especializarse en la actividad.

La LMV distingue:

- **Bolsas de valores:** ocupan un papel de primer orden. Son objeto de contratación las acciones y los valores convertibles en ellas o que otorguen derecho a su adquisición o suscripción admitidas a cotización. Hay otros valores determinados por la CNMV: obligaciones, valores de renta fija. Existen cuatro: Madrid, Bilbao, Barcelona y Valencia y un sistema de interconexión continuo. Es el medio de financiación de las grandes empresas.
- **Mercado de deuda pública en anotaciones:** Surge en los años ochenta, para favorecer la captación de recursos por parte del Estado. Exclusivamente para valores de renta fija, representados mediante anotaciones en cuenta, emitidos por el Estado (Deuda Pública), Instituto de Crédito Oficial y por otras instituciones. Pueden negociarse en mercados secundarios nacionales. Se llaman Tesoro Público. Fue el pionero en desmaterializar los valores.
- **Mercados secundarios de futuros y opciones representados por anotaciones en cuenta:** su objeto son los contratos de futuros y opciones, con cualquier activo, englobados genéricamente como instrumentos financieros. El presupuesto de este mercado es la libre circulación de capitales. Negociación especulativa. Son negociaciones sobre el tipo de interés, la cotización de los precios, etc... Ejemplo: *me comprometo a adquirir deuda pública, etc...* La mayoría es sobre productos financieros. Hay uno de cítricos en Valencia.
- **Otros mercados secundarios:** creados por el Gobierno, con los requisitos de LMV, incluso en el ámbito autonómico.
- **Mercados secundarios sin la consideración de mercado oficial:** según las leyes especiales y con informe previo de la CNMV.

b) Admisión, suspensión y exclusión de los valores de la negociación en los mercados secundarios.

Arts. 32–34 LMV. Fundamentalmente, para Bolsas de Valores.

Admisión: verificación previa de la CNMV de sus requisitos y de la Sociedad Rectora de la Bolsa si serán negociados en ella. La admisión a la negociación bursátil requiere una **información exhaustiva a la CNMV**. Antes era necesaria una *autorización administrativa previa*, pero ahora sólo se exige la verificación, por lo que se han suprimido los elementos discrecionales. El examen de la CNMV se hace para saber si la información es suficiente para los inversores, puesto que pasa a estar a disposición del público, que ha de conocer la previsión de la evolución de la sociedad – vías de beneficio del accionista: dividendos o valor de las acciones. Puede admitirse a negociación en las cuatro Bolsas españolas a la vez o sólo en una.

Suspensión: cuando haya circunstancias especiales en su desarrollo o para proteger a los inversores. Por la

CNMV de oficio o a instancia del emisor o Sociedad Rectora. Es un hecho transitorio, esporádico y frecuente. Lo decide la CNMV – art. 33. Prohíbe la negociación de oficio o a instancia de parte. Se basa en la concurrencia de circunstancias que pueden perturbar el normal desarrollo de las negociaciones. La finalidad es proteger la transparencia (si algunos tienen información privilegiada o por situaciones de pérdida).

Exclusión: cuando no tengan los requisitos de difusión, frecuencia o volumen de contratación. Pueden solicitarla los mismos que la anterior. Es el reverso de la admisión. La razón principal es que hay valores con poca difusión, poco negociados. Generalmente es pedida por las sociedades, para no tener que cumplir con los requisitos. También cabe de oficio. Problema para los accionistas: nadie compra las acciones. Lo normal es que la CNMV exija una OPA a los accionistas para que pueda quedar excluida de la negociación. Así puede pasar a ser sociedad cerrada.

- **Especial referencia a la organización de las Bolsas de Valores.**

Antes, Bolsas de Comercio, hasta la LMV. Sólo las personas que tienen la condición legal de miembro pueden negociar en ellas. Antes de la LMV, eran personas físicas que operaban siempre por cuenta ajena, los Agentes de Cambio y Bolsa

Son **organizaciones mercantiles** en las que se contratan valores indicados en la Ley. Sus miembros han de ser **personas jurídicas** (Sociedades y Agencias de Valores, entidades de crédito, empresas de servicios de inversión, etc). Además de la autorización administrativa, se necesita un acto expreso de admisión de los organismos rectores de cada Bolsa, aunque no es una facultad discrecional, sino que está reglada. Cada persona jurídica tiene, según su naturaleza, un conjunto de funciones muy amplio: las Sociedades de Valores pueden operar por cuenta propia y ajena, las Agencias de Valores sólo por cuenta ajena, con restricciones. Se ha producido, como consecuencia del Derecho comunitario, una **bancarización** del mercado de valores.

Están regidas por una **sociedad anónima**, la Sociedad Rectora, responsable de su organización, titular de sus medio y con actividades complementarias. Tiene un régimen especial y cumple con ciertas funciones públicas. Notas características:

- ◆ No puede realizar ninguna actividad de intermediación financiera.
- ◆ Sus estatutos requieren aprobación previa de la CNMV.
- ◆ Las acciones serán nominativas.
- ◆ Es una sociedad anónima de capital variable.
- ◆ El precio de sus acciones se determinará según la forma reglamentaria.
- ◆ Previa aprobación de la CNMV, se formará un Consejo de Administración, con un Director general y mínimo 5 personas.

La LMV prevé la creación de un **Sistema de Interconexión Bursátil**, de ámbito estatal, mediante una red informática, donde se negociarán los valores establecidos por la CNMV. Se gestionará por la **Sociedad de Bolsas**, con capital repartido entre las cuatro Sociedades Rectoras. Implicó una Bolsa única de ámbito nacional. Ejecuta, compensa y liquida operaciones.

- **La compensación y liquidación de operaciones bursátiles.**

La LMV ha modificado los sistemas de compensación y liquidación mediante la **Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores – Sociedad de Sistemas**, con reglamento propio.

Sus funciones son: llevar el registro contable de los valores representados por anotaciones en cuenta, gestionar la liquidación y compensación de valores, prestar servicios técnicos y operativos y las encomendadas por el Gobierno, previo informe CNMV y, a veces, del Banco de España.

Es una sociedad anónima, con capital de las Sociedades Rectoras y de las Entidades participantes, con un Consejo de Administración. Necesita la colaboración de las Entidades participantes para desarrollar sus funciones.

- **LA COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES.**
- **Estructura.**

Es una **entidad de Derecho público, con personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, autónoma** del Ministerio de Economía y Hacienda, **con autosuficiencia financiera**. Se crea en 1988, por ley, según el modelo americano (tras Gran Depresión 1929).

Su base es el **Consejo**, órgano decisorio, con un Presidente y un Comité Consultivo.

- **Funciones.**

Se le encomienda la **supervisión e inspección del mercado de valores**, ejerciendo la potestad sancionadora:

- Supervisa e inspecciona los mercados primario y secundarios, mediante inspecciones y recabando información.
- Sanciona, mediante la instrucción de expedientes.
- Lleva registros oficiales y públicos.
- Dicta las disposiciones necesarias establecidas por ley.

El mayor problema es que no expresa públicamente su criterio, sus resoluciones no son públicas. Esto produce inseguridad (no quiere quedar vinculada).

- **LAS NORMAS DE ACTUACIÓN EN LOS MERCADOS DE VALORES.**
- **Finalidad.**

Los fines esenciales son el fomento de la transparencia, la correcta formación de los precios y la protección de los inversores. Los destinatarios son las personas físicas o jurídicas que operen en los mercados de valores. Regulan las condiciones de acceso, su actividad y los actos en los que se concreta.

Son normas jurídicas de carácter **imperativo**, generalmente conceptos indeterminados que necesitan una interpretación finalista. Se ha reformado por la **Ley 44/2002**, de acuerdo con una Directiva comunitaria, conocido como de abuso de mercado.

- **Clases.**

Se diferencian:

- Las normas de la LMV.
- Las de los códigos de conducta, aprobados reglamentariamente.
- Las de los reglamentos internos de conducta elaborados por los propios operadores del mercado, con carácter meramente estatutario o de autorregulación privada.
- **Referencia a las llamadas normas de conducta contenidas en la L.M.V.**

Desde el artículo 78. Profe cree que no son autorregulación, porque entonces favorecerían al poderoso. La ley opta por una disciplina imperativa. Para todo tipo de operadores de estos mercados. Pueden dar lugar a

sanciones administrativas. Mucho desarrollo reglamentarias

Las de la LMV se clasifican así:

- **Deberes de los operadores** que asesoran o reciben órdenes:
- Deberes positivos: diligencia, transparencia, controles internos, gestión ordenada, intereses como propios.
- Deberes negativos: abstenerse de favorecer más a unos clientes, de provocar evolución artificial de las cotizaciones, multiplicar transacciones innecesariamente, etc..
- **Deberes de los emisores de valores:** informar al público de todo hecho influyente en la cotización, o a la CNMV.
- **Deberes de cualquier persona relacionada con los mercados de valores:** sigilo, contra utilización abusiva o desleal de datos, no utilizar información privilegiada, ni prácticas contra la libre formación de los precios, etc...
- **Registros obligatorios y relaciones con la clientela.**

Previsto en los arts. **38 y 44 LMV**: deberes de los intermediarios para ejecutar las operaciones, llevanza de un registro de operaciones y de un archivo de justificantes de órdenes, régimen de tarifas, condiciones de valoración, etc...

- **Supervisión y responsabilidad.**

Atribuidas fundamentalmente a la **CNMV**, aunque con amplias facultades de colaboración del Banco de España, sin perjuicio de las funciones de supervisión de las Comunidades Autónomas. Su incumplimiento da lugar a la responsabilidad administrativa correspondiente, con la consecuente imposición de una sanción, sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil, exigible al infractor.

El RD 948/2001 ha regulado unos sistemas de indemnización a los inversores, con límites, cuando no pueden obtener el reembolso de las cantidades de dinero o la restitución de los valores.

- **LOS CONTRATOS EN LOS MERCADOS DE VALORES.**
- EL MERCADO PRIMARIO: REFERENCIA A LAS OFERTAS PÚBLICAS DE VENTAS.
- Referencia a los negocios del mercado primario.

En Título III LMV. Este mercado se caracteriza, jurídicamente, por el hecho de acceso al mercado, hay una adquisición originaria de valores. Los negocios fundamentales son los de suscripción, según su naturaleza. Además de la entidad emisora y los suscriptores, aparecen intermediarios, para gestionar la suscripción e incluso garantizarla.

Surgen intermediarios para gestionar la suscripción e incluso garantizarla. Puede incluirse dentro de la comisión mercantil.

- Ofertas públicas de ventas.

Art. 61 LMV declara que son OFERTA PÚBLICA DE VENTA el ofrecimiento al público – masa indeterminada de sujetos– por cuenta propia o de terceros, de valores que ya están en circulación. Se aplican las normas del mercado primario, incluido el RD 291/1992, puesto que se asimilan las emisiones y las ofertas públicas de valores, ya que en ambos casos se ofrecen al público por primera vez.

Se distinguen:

- ♦ *No admitidas a negociación en mercado secundario: capítulo IV, desarrollo del art. 61. Se remite a la regulación de los requisitos de la emisiones, con especialidades.*

II. DELIMITACIÓN Y CLASES DE LAS LLAMADAS OPERACIONES DE MERCADO SECUNDARIO.

• **Noción de operaciones de mercado.**

Se procura intervenir a favor del inversor– parte más débil.

En el art. **36 LMV** se dice que lo son las transmisiones por compraventa u otro negocio oneroso, sobre valores negociables o instrumentos financieros. El contrato de compraventa de valores es el negocio más frecuente de las Bolsas de Valores. En el art. **38 LMV** deja libertad a los contratantes para determinar el cumplimiento de las operaciones, aunque también establece que serán objeto de desarrollo reglamentario.

• **Clases.**

Se distinguen las del art. 36, a título oneroso, **operaciones de mercado**, y las que son a título lucrativo, **que carecen de tal condición**, aunque éstas también deben comunicarse.

Las operaciones de mercado pueden ser **ordinarias**, según las reglas de funcionamiento del mercado, o **extraordinarias**, no sujetas a una o a todas las reglas. Las ordinarias pueden tener diferente naturaleza, según el mercado, mientras que las extraordinarias sólo pueden ser las del art. 36: residencia o domicilio fuera de España, compraventa fuera de España o autorización previa expresa.

• **Especial referencia a la distinción entre operaciones al contado y a plazo.**

Distinción en el art. **38 LMV**. En las operaciones **al contado**, su cumplimiento es prácticamente posterior a su perfección, mientras que en las operaciones **a plazo** se difiere el cumplimiento por un plazo de tiempo y son de diversa naturaleza. Tradicionalmente éstas estaban prohibidas, por considerarse especulativas. El vendedor opera al descubierto, sin poseer los valores y el comprador no tiene todo el precio, porque ambos esperan pagar la diferencia entre el precio pactado y el de cotización el día del vencimiento. Sin embargo, las normas del mercado exigen ciertas cantidades como cobertura o garantía.

La **Ley 37/1998** hace referencia a dos contratos con larga tradición histórica. Pueden hacerse en cualquier mercado secundario. Son las operaciones **de doble** y las operaciones **con pacto de recompra**. El primero (**report**) consiste en la compra al contado o a plazos de valores y en la reventa simultánea a plazo a la misma persona de valores de la misma especie. Algunos autores lo consideraban una doble compraventa, pero la doctrina más autorizada lo define como un contrato sui generis. Sin embargo, en la citada ley se define como dos compraventas de valores en sentido contrario, simultáneas y con distintas fechas de ejecución. El segundo tipo se define como las operaciones en las que el titular de los valores los vende hasta la fecha de amortización, conviniendo la recompra de valores de iguales características por igual valor nominal en una fecha intermedia entre la venta y la amortización más próxima.

• **ÓRDENES DE EJECUCIÓN DE OPERACIONES DE MERCADO SECUNDARIO.**

• **Función y naturaleza.**

La realización de una operación en el mercado secundario va precedida de una **orden** del cliente para ejecutarla. Si se acepta se convierte en un **contrato de comisión** de obligatoria ejecución si el cliente acredita la titularidad de los valores y realiza la provisión de fondos o la cobertura/garantía correspondiente (art. 39). Tradicionalmente, las **entidades de crédito** no podían ejecutar directamente las órdenes, tras la reforma de la LMV sí.

El problema es que quien interviene en un mercado por cuenta de un cliente también puede hacerlo por cuenta

propia. Hasta la LMV estaba prohibido. Ahora se exige que haya información previa y constatación por escrito de que el tercero conoce esta circunstancia. El art. **40 LMV** impone el deber de informar a CNMV de sus vinculaciones y relaciones.

- **Contenido de las órdenes.**

Están determinadas por los **usos bursátiles**, aunque, para proteger al cliente, se establece el deber de documentarlas y archivarlas. Deberán ser claras y precisas, con el contenido mínimo propio de cada mercado. También deben archivers los justificantes de las órdenes.

- **Especialidades de contrato de comisión.**

La relación jurídica entre el dador de la orden y el receptor es de **contrato de comisión**, con la aplicación de las normas generales del CCom, excepto algunas especialidades:

- Las sociedades o entidades que sean miembros de un mercado secundario están obligadas a aceptar las órdenes, aun cuando pueden exigir la previa provisión de fondos o las garantías de las operaciones a plazo.
- Las órdenes deberán ser claras y precisas y ejecutadas con la máxima celeridad. Todo receptor de las mismas ha de mantener un archivo de sus justificantes.
- La comisión es de garantía, por lo que el comisionista responderá de la entrega de los valores o de su precio.
- Los miembros del mercado no comprarán para sí los valores que han de vender, ni vender los propios si han de comprar. No podrán ser contraparte, excepto en algunos supuestos.
- Si el miembro del mercado recibe órdenes en diverso sentido por cuenta ajena, sí podrá casarlas.
- El cliente ha de pagar una retribución o comisión al que recibe la orden. La tarifa es libre, pero bajo la supervisión de la CNMV y del Banco de España.
- **Referencia a las órdenes de las sociedades gestoras de carteras.**

Las órdenes que reciben son más genéricas. Se aplican las normas del contrato de comisión, pero se reconoce al gestor un amplio margen de actuación, que puede limitarse por el cliente. Estas sociedades son **empresas de servicios de inversión**, con actividades complementarias.

- **CONTRATOS BURSÁTILES.**

- **Delimitación de los contratos bursátiles.**

Son operaciones bursátiles las **transmisiones a título de compraventa de valores admitidos a negociación en las Bolsas de Valores**.

Son objeto de contratación las acciones y obligaciones, así como los derechos de suscripción de acciones.

- **Compraventa bursátil.**

Nociones generales: antes se realizaba mediante la intervención de dos Agentes, ahora ha de efectuarse con, al menos, un miembro de la Bolsa. A menudo se hace mediante dos miembros de la Bolsa por cuenta ajena, en nombre de sus clientes. También pueden actuar por cuenta propia. Antes se hacía de viva voz en corro, ahora, mediante la interconexión bursátil.

Contratación mediante el mercado continuo: el sistema de contratación español (SIBE) funciona de lunes a viernes, de 9 a 17:30. Comienza con una subasta de apertura, para fijar el precio, y concluye con otra de cierre. Las normas técnicas pretenden que se dé la máxima transparencia. Todo contrato de compraventa perfeccionado debe comunicarse al Departamento de Supervisión de la Sociedad de Bolsas y a la Sociedad rectora de la Bolsa de la que sea miembro.

Cumplimiento del contrato: la entrega de los títulos y el pago del precio. Se realiza por anotaciones en cuenta. Cuando se inscriba en el registro contable, aparecerá como titular. Se entiende que los derechos y deberes de las acciones pertenecen al comprador desde el día que se perfeccionó el contrato. Puede solicitarse una certificación.

- **Caso de incumplimiento del contrato.**

Hay incumplimiento cuando una parte **se retrasa** en la ejecución del contrato (mora equiparada). La otra parte puede optar entre la exigencia del cumplimiento de la operación o el abandono de la misma, previa denuncia, si la Sociedad, Agencia o entidad se demoran. Lo más frecuente es que el incumplimiento se deba al comitente, por lo que podrá repetir contra él.

El cumplimiento forzoso del contrato se efectúa a través de la Sociedad Rectora de la Bolsa que hace una compra o venta de reemplazo.

- **Sistema de crédito a los comitentes compradores o vendedores.**

El **crédito en operaciones bursátiles de contado** pretende facilitar las compraventas de valores en Bolsa concediendo créditos a los comitentes. El **crédito al vendedor** da valores al comitente para que dé una orden de venta, mientras que el **crédito al comprador** concede al comitente una cantidad de dinero para dar una orden de compra. La especialidad está en el contrato de comisión precedente, puesto que la orden de obtener un crédito altera la relación cliente-sociedad de valores, no la de la compraventa.

- **Ofertas públicas de adquisición de valores.**

Noción y régimen jurídico. Las OPAs son ofertas de adquisición que una persona formula públicamente a los titulares de acciones de una sociedad cotizada. Están cualificadas por la intención del oferente de adquirir una participación significativa o de control. Se regulan en el art. **60 LMV** y en el **RD 1197/1991n**, con modificaciones, sobre todo en el **RD 432/2003**. La OPA es **el mecanismo obligatorio** para adquirir dicha participación. También admite la OPA parcial, dirigida a todos los accionistas pero no para adquirir la totalidad de los valores. Difiere del Derecho comunitario y de otros ordenamientos.

Tipos de OPAs. Pueden ser *amistosas* u *hostiles*, según exista un conflicto entre los intereses de los administradores y los del oferente. También pueden ser **obligatorias** o **voluntarias**. Dentro de las obligatorias, según su finalidad, pueden darse:

- 1.- OPAs para adquirir o aumentar la participación en el capital de una sociedad cotizada o **afectada**. Se consideran así si representa un porcentaje de participación del 25% al 50% o, siendo inferior, permite designar entre 1/3 y 1/2 de los miembros del Consejo de administración. No podrá ser parcial, sino total (sobre 100 por 100 del capital) cuando sea igual o superior al 50% o designe más de la mitad de los miembros del Consejo.
- 2.- OPAs con finalidades específicas: exclusión de la cotización, reducción del capital social de una S.A.

Contraprestación y garantías de las OPAs. El oferente ha de garantizar la igualdad de trato. La contraprestación puede ser en metálico o pueden ser valores, o una combinación. Hay excepciones.

- **LOS CONTRATOS DE DEPÓSITO Y DE AFIANZAMIENTO MERCANTIL.**
- **DELIMITACIÓN DEL CONTRATO DE DEPÓSITO MERCANTIL.**

El depósito es un contrato por el que una persona que recibe una cosa mueble se obliga a custodiarla y devolverla. Es **mercantil** cuando el depositario se dedica profesionalmente a ello o cuando un empresario o comerciante se constituye en depositario de objetos destinados al comercio. En estos supuestos, primero se

aplica la normativa del CCom y luego la del CC. El artículo **303 CCom** enumera tres requisitos para que sea mercantil, aunque no parece necesario que concurran todos. Son:

- Que el depositario, al menos, sea comerciante.
- Que las cosas sean objeto de comercio.
- Que el depósito constituya una operación mercantil o se haga como consecuencia de ella.
- **CONTENIDO DEL CONTRATO.**

En principio, el depósito tiene carácter real, aunque es norma de derecho dispositivo. El Código lo presupone así, igual que su carácter oneroso.

- **Obligaciones del depositario.**

A. Custodia de la cosa. La obligación fundamental es la de conservar la cosa. La jurisprudencia TS y la doctrina la consideran como específica y característica de este contrato, con un gran rigor en su cumplimiento. El depositario responde de los daños que la cosa sufra, incluso si derivan de la naturaleza de la cosa, cuando el depositario no intentara evitarlos. La actitud del depositario no es simplemente pasiva, sino que ha de custodiar la cosa de forma que no se deteriore.

B. Devolución de la cosa. La obligación de devolución era la característica de este contrato. Pone fin a la relación contractual.

- **Obligaciones del depositante.**

Por regla general, se perfecciona desde que se ha entregado la cosa al depositario. Si las partes lo hubiesen modificado, existiría la obligación del depositante de entregar la cosa al depositario.

A. Pago de la retribución. Salvo pacto expreso, ha de pagar la cuota fijada o la que derive de los usos locales. Como se considera que la actividad del depositario es de carácter profesional, el CCom presume que es oneroso, frente al 1760 CC. Las tarifas se fijan según la naturaleza de la prestación, el peso o volumen y el tiempo. La obligación es de duración y la remuneración se verá influida, por tanto, sobre todo por ella. Si es oneroso, se entiende que los gastos de conservación se incluyen en la remuneración.

B. Indemnización de daños y perjuicios. Opera sobre todo cuando sea gratuito por pacto.

C. Derecho de retención del depositario. No se menciona en el CCom. Se le reconoce por la aplicación supletoria del 1780 CC. Se fundamenta en la prelación de créditos que se lleva a cabo en caso de insolvencia. Es un acreedor privilegiado. El 1780 CC habla de *prenda*, pero parte de la doctrina entiende que no es un derecho real, sino personal.

- **NORMAS SOBRE ALGUNAS CLASES DE DEPÓSITO.**
- **Depósito irregular.**

Se trata de cosas **fungibles** que el depositario puede consumir, adquiriendo su propiedad y comprometiéndose a devolver otro tanto de la misma especie y calidad. El 309 CCom deja ver que este tipo de contrato, a pesar de las polémicas doctrinales, puede ser una variante del de depósito, pero con un régimen particular (aplicando las normas del de comisión o contrato). Para seguir dentro del ámbito del depósito, el depositante ha de tener como finalidad confiar la custodia y no debe haber plazo para devolverla.

- **Depósito administrado.**

Este depósito tiene como característica que, al serlo de títulos, valores o documentos con intereses, el

depositario ha de realizar el **cobro** de los intereses en su vencimiento. Tiene una actividad de gestión más compleja, para que las cosas depositadas no pierdan su valor y conserven sus derechos correspondientes. Frecuentemente tiene carácter **bancario**. Así acceden las entidades bancarias a posiciones de control.

- **Depósitos abiertos y cerrados de numerario.**

Depende de si son abiertos – sin especificación de monedas o sin sellar – o si son cerrados – el régimen de responsabilidades. Están desfasados. Ahora se vinculan a la contratación bancaria.

- **ESPECIALIDADES EN EL CASO DEL DEPÓSITO EN ALMACENES GENERALES.**
- **Función económica.**

Se vinculan al ámbito agrícola. Tienen una normativa de principios de s. XX

Sirven para no desplazar las mercancías objeto de contratación. Además, son un elemento de financiación empresarial. Se da una movilización a través de sus documentos característicos, como garantía.

Tiene, además, ventajas en el terreno económico.

- **El Estatuto jurídico de las entidades depositarias.**

El CCom atribuye esta actividad a las **compañías de almacenes generales de depósito** que son sociedades anónimas, ningún otro. No necesitan autorización administrativa. Pueden realizar actividades complementarias.

- **Referencia a las especialidades contractuales.**

El Real Decreto–Ley de 1917 excluye los bienes que se mermen o destruyan por el paso del tiempo del depósito o los afectados por gravámenes.

Puede ser **depósito separado** – igual que el retribuido– o bien **depósito colectivo**– las entidades depositarias pueden juntar mercancías de distintos depositantes pero de idéntica clase.

- **Los resguardos de depósito y los de garantía.**

Una de las notas características de este contrato es la emisión de unos documentos representativos de las mercancías que consienten su negociación o ser dadas en prenda mientras estén en poder del depositario – resguardo de depósito o de garantía. Pueden transmitirse por endoso, equivaliendo a la entrega de las mercancías. El poseedor del *warrant* sólo puede pedir que venda la mercancía a la compañía cuando no ha sido pagado en el vencimiento de la obligación garantizada.

- **EL CONTRATO DE AFIANZAMIENTO MERCANTIL.**
- **Delimitación del contrato de afianzamiento mercantil.**

Se regula insuficientemente en los artículos **439 a 442 CCom**. Supletoriamente se aplica el régimen del contrato de fianza del CC. También se regula por las cláusulas establecidas por las partes.

La calificación de **mercantil** depende de la obligación garantizada. Ha de afianzarse alguna de las relaciones jurídicas que surgen de un contrato mercantil.

El contrato de fianza tiene particular importancia en la actividad bancaria, tanto cuando el banco solicita garantías a sus clientes como cuando es él el que aparece como fiador.

- **Régimen del contrato.**

Notas que se deducen del CCom:

- 1.- Es un contrato **formal**, por escrito *ad solemnitatem*.
- 2.- Es **gratuito** salvo pacto en contrario, a pesar de ser un contrasentido.
- 3.- Dura hasta que **subsistan las obligaciones garantizadas**, si no se ha pactado otra cosa y es de carácter oneroso.
- 4.- Conforme a la doctrina tradicional, el TS ha declarado que la obligación del fiador tiene carácter **solidario**.

- **LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO Y DE CUENTA CORRIENTE MERCANTIL.**
- **CONCEPTO Y CLASES DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO MERCANTIL.**
- **Noción.**

El concepto se basa en lo establecido en los artículos 1740 y 1753 CC, partiendo de su **carácter real**, aunque puede modificarse por ser una norma dispositiva, llegando a ser consensual. Tanto el civil como el mercantil se definen como el contrato por el que una persona recibe de otra una cosa fungible en propiedad, comprometiéndose a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

El artículo **311 CCom** delimita los mercantiles mediante un criterio subjetivo – alguno de los contratantes ha de ser **comerciante** – y objetivo – cosas prestadas destinadas a actos de comercio. La doctrina del TS se ha mostrado rigurosa al exigir los dos. Algunos autores han criticado esta postura, puesto que supone inseguridad y negar el carácter de mercantil a los préstamos concedidos por los Bancos

- **Notas características.**

Son:

- 1.- Es un contrato **real**, aunque choca con la práctica, especialmente la bancaria.
- 2.- Si fuese consensual habría obligaciones por parte de ambos intervinientes. En cambio, si se considera real, sólo tendría obligaciones el prestatario.
- 3.- Es **traslativo de dominio**. El derecho real del prestamista se transforma en uno de crédito.

- **Clases.**

Gran variedad. En el CCom:

- Según la cosa: de dinero, de títulos o valores y en especie (distinta a las anteriores).
- Según la duración: tiempo determinado o indeterminado.
- Según sea con o sin pago de intereses: oneroso o gratuito. El CCom admite los préstamos mercantiles sin intereses, lo que es un contrasentido.
- Según su garantía: garantizados o sin garantía especial.
- **CONTENIDO DEL CONTRATO.**
- **Obligaciones del prestamista.**

El prestamista está obligado a **entregar** la cosa fungible en la forma y tiempo previstos. Es el presupuesto

para la ejecución del contrato y para que comiencen las obligaciones del prestatario.

- **Obligaciones del prestatario.**

Obligación de restitución: corresponde al derecho de crédito del prestamista y al hecho de que adquiera la propiedad. Es una obligación de cumplimiento aplazado. El vencimiento será el fijado en el contrato. Si no, a partir de 30 días desde requerimiento notarial. En cuanto a la cuantía, depende de la cosa dada en préstamo. Si es dinero, ha de devolver una cantidad igual a la recibida, rigiendo el principio nominalista. Si es en otra moneda, según el cambio en euros del día del vencimiento. Si es de títulos o valores, otros tantos o equivalentes. Si fueron cosas fungibles, otro tanto o el equivalente en metálico.

Obligación del pago de intereses: sólo existe si se ha pactado por escrito, mediante documento público o privado – exigencia histórica, poco práctica ahora. Se reputarán intereses las prestaciones pactadas a favor del acreedor, incluso indirectamente. La **Ley de 23 de julio de 1908, sobre supresión de la usura**, considera nulo todo contrato considerado usurario:

- ♦ Interés superior y desproporcionado.
- ♦ Condición lesivas o ventajas sólo para el acreedor.
- ♦ Se supone recibida cantidad mayor.

El recibo del capital extingue la obligación de los intereses si no hay reserva expresa.

En caso de incumplimiento de sus obligaciones:

- ♦ Si se demora en el pago de la deuda – interés pactado o legal, moratorio. Si son títulos o valores, ha de ser igual al rédito o al interés legal. Si es en especie, según el precio.
- ♦ En cuanto a los intereses, en contra del art. 1109 CC, establece el art. 317 que no devengarán intereses los intereses vencidos y no pagados – **pacto de anatocismo**, aunque sí podrán capitalizarse de forma expresa.

- **PRÉSTAMO CON GARANTÍA DE VALORES COTIZABLES.**

- **Carácter mercantil.**

La necesidad de la garantía viene dada por el hecho de que la obligación de restitución del prestatario es una obligación aplazada. Los préstamos que tienen garantía de valores mobiliarios admitidos a negociación en un mercado secundario oficial son siempre mercantiles.

- **Constitución de la prenda.**

Primero, se han de dar los requisitos de los artículos 1857 y 1865 CC.

En segundo lugar, como circunstancias específicas:

1ª) Objeto de la prenda: valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales.

2ª) Representados por anotaciones en cuenta, inscribiéndose en ella la prenda y equivaliendo al desplazamiento posesorio y siendo oponible frente a terceros.

3ª) En escritura pública.

4ª) Datos y circunstancias para identificar los valores dados en garantía.

- **Posición del acreedor pignoraticio.**

El prestamista goza de un **derecho de preferencia** sobre los demás acreedores. Los valores se consideran irrevendibles incluso por el titular desposeído, mientras no se reembolse al prestador. En caso de quiebra, además, no tienen por qué llevarse a la masa de la quiebra.

- **Ejecución de la garantía.**

Facilita la ejecución de la garantía. Una vez vencido el plazo, si necesidad de requerir al deudor, puede procederse a la enajenación de los valores. Hay un procedimiento ejecutivo especial, extrajudicial, en los tres días siguientes hábiles.

- **Aplicabilidad del procedimiento de ejecución en el caso de cuentas corrientes de crédito.**

El art. 323 CCom declara aplicable lo anterior a las cuentas corrientes de crédito cuando se convenga que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora.

IV. CONTRATOS DE CRÉDITO A LOS CONSUMIDORES.

A) Ámbito de aplicación de la Ley de crédito al consumo.

La **Ley 7/1995, de crédito al consumo**, incorpora las Directivas comunitarias sobre este tema y modifica algunas leyes, así como el CC y el CCom. Las normas de esta ley son **imperativas**, no modificables por la voluntad de las partes. Problema del sobreendeudamiento

En el art. 1 señala que se aplica a los contratos en los que un empresario se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o medio equivalente, para satisfacer necesidades personales. Se limita el concepto de consumidor a la persona física cuando contrate crédito con un propósito diferente del empresarial o profesional.

La importancia de su regulación es manifiesta, puesto que ha tenido un crecimiento espectacular.

B) Deberes precontractuales.

Publicidad del crédito y carácter de las ofertas de crédito:

A. En la publicidad y anuncios se deberá mencionar la tasa anual equivalente – coste total de gastos, cargas, etc.

B. Obligado a entregar un documento con las condiciones. Es una oferta de contrato vinculante e irrevocable durante diez días desde su entrega.

C) Carácter formal del contrato.

Ha de constar por escrito, so pena de ser nulo. El coste total del crédito sólo puede modificarse en perjuicio del prestatario si hay acuerdo de ambas partes y según lo establecido en la ley.

D) Eficacia de los contratos vinculados a la obtención de un crédito.

La ley dedica mucha atención al supuesto de que en el contrato de adquisición de bienes o servicios se haya previsto la obtención de financiación de su importe mediante la obtención de un crédito otorgado por un tercero. Además del contrato de adquisición o consumo surge uno de crédito.

E) Reembolso anticipado del crédito.

El consumidor puede rembolsar anticipadamente el préstamo total o parcialmente. Sólo deberá pagar, si la hay, la cantidad que hubiesen pactado para este supuesto.

- **Casos de ineficacia o resolución del contrato de adquisición.**

Como consecuencia de la nulidad o resolución de los contratos de financiación o adquisición de un bien, el prestamista puede recuperar el bien, pero las partes deberán restituirse recíprocamente todas las prestaciones realizadas.

V. EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE MERCANTIL.

A) Delimitación y caracteres generales del contrato.

Las partes se comprometen a aplazar el vencimiento de sus créditos dinerarios recíprocos hasta un momento determinado, en el que se compensarán y fijará el crédito a favor de una de las partes. Se celebra entre empresarios o entre éstos y sus clientes. Produce estos efectos:

- Inexigibles hasta el cierre de la cuenta.
- Compensación general de los créditos en el momento de cierre.
- Las partes se obligan a anotar en cuenta los créditos, o al menos una.

Es un contrato **consensual**, mercantil, no reconducible a ningún esquema tradicional, es decir, sui generis. Es de duración y normativo, porque regula las relaciones futuras de las partes.

B) Créditos que forman parte de la cuenta.

Sólo pueden formar parte los **pecuniarios**. Hay que acudir a la voluntad de las partes para saber cuáles deben formar parte. Lo usual es presumir que se incluyen los resultantes de las relaciones de negocios de las partes.

C) Efectos del contrato.

- ◆ Aplazamiento de los créditos.
- ◆ No hay mora, por tanto.
- ◆ Créditos indisponibles, a no ser que haya pacto en contrario.
- ◆ Sólo producen intereses si se pacta.

D) Cierre de la cuenta.

No significa que se extinga el contrato, sino que se termina un periodo. Es principal efecto es que se **fija el saldo**. Se compensan las deudas y se determina quién es acreedor. Las dos partes tienen el deber de colaborar – una lo hace y otra lo aprueba, incluso tácitamente.

E) Extinción del contrato.

Además de las causas generales, si es indefinido, pueden denunciarlo notificándolo con cierta antelación. También son causas la muerte, concurso e incapacidad.

- **LAS ENTIDADES Y LOS ESTABLECIMIENTOS FINANCIEROS DE CRÉDITO.**

- **INTRODUCCIÓN.**

La **Ley 3/1994** ha adaptado nuestro ordenamiento a la Directiva básica para crear un mercado financiero único en la UE.

Los contratos bancarios se someten al régimen general de los contratos y a la disciplina usual y convencional que resulta del régimen de control y vigilancia.

- **LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.**

- **Noción.**

Según el RD 1298/1986, son empresas con la actividad típica de captar fondos del público de diversas maneras, con la obligación de restitución. También puede definirse como empresas cuya actividad es la de recibir depósitos u otros fondos reembolsables y conceder créditos por cuenta propia.

Se configuran como empresarios cuya actividad consiste en la intermediación indirecta en el crédito. Captan fondos mediante operaciones pasivas y los conceden mediante las activas.

- **Clases.**

Tienen una naturaleza jurídica diversa. Son los Bancos, las Cajas de Ahorro y las Cooperativas de Crédito.

- **RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.**

- **Creación de nuevas entidades de crédito.**

Prevía **autorización administrativa**, reglada, no discrecional. El Banco de España lleva registros administrativos de control y supervisión. Si se ejerce la actividad sin ella, se sanciona administrativamente.

Las entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la UE pueden realizar en España sus actividades, mediante una sucursal o mediante la prestación de servicios desde otro país.

- **Normas específicas sobre las distintas entidades de crédito.**

Bancos: el RD 1245/1995 obliga a que tengan forma de sociedad anónima. Además, es especial, con alguna particularidad: capital mínimo de 18.000 euros, domicilio nacional en territorio nacional, acciones nominativas, objeto social limitado, Consejo de administración para estructurarla, con honorabilidad comercial, profesional y de experiencia. Necesita autorización para modificar sus Estatutos. La titularidad de las acciones está sometida a varios controles, sobre todo lo relativo a las participaciones significativas – una persona posee directa o indirectamente al menos el 5% o una influencia notable. El Banco de España podrá cesar a determinados consejeros o directores cuando estime que han perdido la honorabilidad profesional o comercial

Cajas de Ahorros: nacen como instrumentos de beneficencia. Estructura fundacional y naturaleza jurídico privada en el ámbito del ahorro popular. Inscripción en el Registro Mercantil. Requisitos parecidos para la autorización administrativa. Deberán tener el mínimo capital de 18.000 euros y buena organización administrativa y contable. La organización interna la regula la **Ley 31/1985**. Algunas CCAA tienen competencia en esta materia.

La anterior ley cambia los órganos son la **Asamblea General**, órgano supremo de gobierno y decisión, constituida por consejeros generales; el **Consejo de Administración** y la **Comisión de control**.

Cooperativas de crédito: se regulan en la **Ley 13/1989** y otras normativas autonómicas. Su objeto social ha de ser servir a las necesidades financieras de sus socios y terceros mediante actividades propias de entidades de crédito.

- **Disposiciones comunes.**

En disposiciones dispersas y en permanente evolución. Aspectos esenciales:

- 1.– Contabilidad obligatoria muy compleja y minuciosa. El Banco de España desarrolla lo establecido en el CCom, L.S.A. y normativa legal específica. Los estados financieros pueden ser públicos y estar dirigidos a informar a terceros o reservados, para informar al Banco de España, que fijará la forma, plazo y rendición de unos u otros, respetando las Directivas de la CEE.
- 2.– Limitar excesivo poder económico mediante régimen de incompatibilidades.
- 3.– Imposición del deber de mantener relaciones determinadas entre activos y pasivos – coeficientes bancarios.
- 4.– Supervisión de la Administración pública, especialmente el Banco de España.

D) Los fondos de garantía de depósitos.

Para que no acabe en una situación de insolvencia, la entidad de crédito ha tener estos fondos, creados en 1977 y modificados posteriormente.

Sus funciones:

- ◆ Garantizar la entrega de cierta cantidad en cuantía y forma establecida por las normas.
- ◆ Garantizar una indemnización en metálico para los inversores que hayan confiado dinero, valores, etc.
- ◆ Medidas preventivas, excepcionalmente, si hay crisis.
- ◆ Suscribir ampliaciones de capital.

IV. LOS ESTABLECIMIENTOS FINANCIEROS DE CRÉDITO.

Se regulan en el RD 692/1996. Pueden ser considerados entidades de crédito, aunque no pueden captar fondos reembolsables como depósitos, préstamos, etc... El art. 1 del RD indica que la actividad principal de estos establecimientos ha de ser una de éstas:

- ◆ Préstamos y créditos.
- ◆ Factoring.
- ◆ Arrendamiento financiero.
- ◆ Tarjetas de crédito.
- ◆ Avals y garantías.

Se financian mediante la emisión de valores, fianzas, garantías, entidades del grupo al que pertenezcan, etc. El Banco de España los vigila.

V. RÉGIMEN DEL BANCO DE ESPAÑA.

- **Naturaleza.**

Es una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, con autonomía respecto de la Administración. Salvo que actúe en el ejercicio de sus potestades, se somete al Derecho privado.

- **Funciones.**

Las relativas a la política monetaria se han alterado con la integración en el Sistema Europeo de Bancos Centrales y con la atribución de algunas al BCE. Supervisa, además, la actuación de las entidades de crédito, mercados financieros, etc.

- **Potestad reglamentaria.**

Mediante la promulgación de circulares. Deben publicarse en el BOE.

- **Órganos rectores.**

El **Gobernador** dirige el Banco, ostenta su representación legal y es nombrado por el Presidente de Gobierno, por seis años.

El **Subgobernador** lo suple, con funciones delegadas por él y las establecidas en el Reglamento. Se designa por el Gobierno a propuesta del anterior.

El **Consejo de gobierno** aprueba las directrices generales de actuación del Banco, las circulares, etc.

La **Comisión ejecutiva** tiene facultades de organización y decisión, formada por cuatro miembros.

- **LOS CONTRATOS BANCARIOS (I).**

- **DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE CONTRATO BANCARIO. SUS CARACTERÍSTICAS Y ELEMENTOS.**

- **Noción y objeto de los contratos bancarios.**

La actividad característica de las entidades de crédito es la **intermediación indirecta en el crédito**. Las **operaciones bancarias** son los instrumentos que la llevan a cabo.

Contrato bancario es el acuerdo de voluntades tendente a crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica bancaria, tal y como ha resultado definida. La relación que persiga la captación de fondos del público será una **relación jurídica bancaria**. El contrato bancario será el que produzca un efecto sobre dicha relación.

El **objeto material** está constituido por DINERO, CRÉDITO y VALORES MOBILIARIOS:

El **DINERO** es un conjunto de bienes genéricos y fungibles que sirven como instrumento general de cambio y medida universal de valor. Jurídicamente, es un medio forzoso de pago. En el ámbito bancario, se representa por una simple anotación contable, siendo extremadamente fungible.

La **OPERACIÓN DE CRÉDITO** implica un contrato cuyo objeto es el aplazamiento del cumplimiento de una obligación dineraria. Sus condiciones son:

- 1.– Que el otorgante o acreditante se comprometa a no reclamar el crédito en un plazo convenido – obligación contractual negativa, *pactum de non petendo*.
- 2.– Que la obligación negativa de respetar el aplazamiento sea el contenido esencial del negocio.
- 3.– Que sea asumida unilateralmente por uno de los contratantes.

Los **VALORES MOBILIARIOS** tienen como fin su emisión, custodia o gestión.

- **Características de la contratación bancaria.**

Las operaciones que constituyen la actividad bancaria devengan unos **intereses** a favor de la entidad de crédito o del cliente. Las entidades se benefician de la diferencia entre ambos. Ahora no están tasados por los poderes públicos, como contraprestación a que la competencia sea transparente.

También se caracterizan por el masivo uso de las **condiciones generales**. El Ministerio de Economía puede imponer ciertos clausulados.

Antes, estas operaciones estaban al margen de la tutela dada a los consumidores y usuarios, ahora, sin embargo, se deroga la autonomía de la voluntad para pasar a una tutela reflejada en la intervención administrativa. Las normas específicas en materia bancaria han de respetar en todo caso el nivel de protección previsto en las normas generales

- **LAS CUENTAS BANCARIAS.**

- **Introducción.**

La relación con el cliente suele ser duradera y basada en la confianza. Se manifiesta por la apertura de una cuenta, que es el soporte contable de las operaciones concretas. Si un cliente es titular de varias cuentas, en principio no se produce confusión entre ellas, pero puede pactarse. Puede haber titularidad múltiple, además, incluso solidariamente. Abrir una cuenta conjunta no implica condominio de sus cantidades ni atribución de partes iguales. Puede pactarse la disponibilidad mancomunada.

Se diferencia del mercantil en que éste supone una recíproca concesión de crédito, mientras que la cuenta bancaria es unilateral.

- **El contrato de cuenta corriente bancaria.**

La cuenta corriente posee un contenido propio, independiente de las operaciones en ella contabilizadas. El elemento causal es la prestación del **servicio de caja**— el banco se compromete a ejecutar las órdenes de su cliente a cambio de ciertas comisiones. Mediante la **compensación** se extinguen ciertas obligaciones — elemento característico de la cuenta bancaria.

El contenido esencial es el propio de un contrato extintivo de créditos y deudas: supuesto de compensación contractualmente pactada

Obligaciones de las partes:

a) El Banco asume la obligación de **gestión material y directa de la cuenta**, por lo que debe cumplir las órdenes del cliente. También debe **informar periódicamente** de su marcha.

b) El cliente debe efectuar la **provisión de fondos**, según el 250 CCom y debe pagar las **comisiones**. Si la entidad cubre las órdenes de pago sin fondos se produce un descubierto, de calificación controvertida — concesión de crédito sin garantías y excesivamente onerosa.

- **La transferencia bancaria.**

Parte de la existencia de dos cuentas bancarias. El cliente ordenador de la transferencia autoriza al banco para que deduzca de su cuenta la cantidad objeto de la transferencia y la abone en la cuenta de otra persona, el beneficiario. Genera dudas jurídicas sobre su autonomía contractual. Es reconducible a la comisión mercantil sólo en cuanto a la orden de transferencia, puesto que la operación contable de cargo y abono supone:

1. Tiene como presupuesto que el cliente tenga fondos – derecho de crédito contra el banco.
2. El crédito del beneficiario nace cuando se ejecuta la transferencia, contra el banquero, si son del mismo banco. Si el beneficiario es cliente de otro banco lo tiene contra éste cuando se le notifica o abona.
3. Si previamente existía una deuda entre el ordenador y el beneficiario, se extingue por novación por sustitución del deudor – delegación de deuda, no pago.
4. El ordenador o el beneficiario deberán pagar una comisión.

- **Tarjetas de crédito.**

La tarjeta plástica con banda magnética permite realizar una serie de operaciones con la entidad emisora y con terceros. Son **documentos de legitimación**. Tiene un contenido complejo por otorgar facultades diversas. Se supera el concepto tradicional de medio de pago exclusivamente, para pasar a ser instrumentos de realización de operaciones diversas.

Da lugar a un contrato de adhesión entre la entidad emisora y el usuario. Se obliga a facilitar la tarjeta, los establecimientos adheridos, hacer frente al pago de las facturas y, si es estrictamente de crédito, a conceder un crédito al usuario, aplazando el deber de reembolso. Debe indemnizar al cliente si la cancela negligentemente. El usuario debe rembolsar los pagos, con intereses si es de crédito y usarla correctamente. Es un **contrato mixto**.

El **contrato que vincula a la entidad emisora y los establecimientos** o entidades que admiten la tarjeta obliga a éstos a cobrar el mismo precio cuando se usa, aceptando como regla general el pago mediante la misma, comprobar la identidad del que presenta la tarjeta, la identidad de la tarjeta, que no haya sido anulada, etc... La entidad garantiza el pago de las facturas o la devolución de las disposiciones de efectivo, que permite al emisor que ha pagado subrogarse en el crédito contra el usuario.

- **LOS DEPÓSITOS BANCARIOS.**

- **Noción y naturaleza.**

El banco recibe una suma de dinero del cliente de la que puede disponer, pero que ha de custodiar y restituir en la forma pactada. Es una **operación pasiva fundamental**, porque les permite realizar las activas. El dinero pasa a ser propiedad del banco. El cliente tiene un derecho de crédito contra éste. Normalmente se le abona un interés, a pesar de lo cual es considerado depósito irregular, por la propia disponibilidad que origina los intereses.

- **Clases.**

A LA VISTA: el cliente puede pedir la devolución inmediata de la totalidad o de una parte. Puede estar vinculado a una cuenta corriente bancaria – implica un doble contrato: depósito de dinero y cuenta corriente; así puede disponer del dinero mediante cheques, por ejemplo– o a una cuenta de ahorro – el banco recibe los fondos y realiza por él ciertos cobros, pero no efectúa el servicio de caja anterior, sino que los fondos se retiran mediante la presentación de la libreta por su titular – es documento de legitimación.

A PLAZO FIJO: o IMPOSICIONES. El cliente puede solicitar la devolución cuando ha transcurrido cierto plazo. De su duración dependen los intereses. Si es a plazo fijo, los bancos pueden emitir **certificados de depósito**, que consienten transmitir su derecho mediante endoso. La doctrina jurisprudencial se encuentra indecisa en cuanto a su naturaleza jurídica.

La devolución del importe en caso de insolvencia está garantizada hasta 15.000 Ecus por el Fondo de Garantía

de Depósitos.

- **LOS CONTRATOS BANCARIOS (II).**
- **OPERACIONES BANCARIAS ACTIVAS.**
- **Préstamo bancario.**

Es un préstamo mercantil caracterizado porque quien lo concede es un banco o entidad de crédito. Dentro de la actividad bancaria, es bilateral, consensual, según la evolución del contrato, puesto que antes era considerado como real – se perfeccionaba con la entrega. No ha de confundirse con el de apertura de crédito. Puede ser simple o en cuenta corriente, con garantía personal o real. El régimen es el del contrato de préstamo mercantil, con el régimen especial del crédito al consumo.

La Ley 2/1994 ha intentado facilitar a los clientes la amortización anticipada cuando la garantía es hipotecaria, mediante la subrogación de otra entidad financiera. Se da aunque no haya consentimiento de la entidad acreedora primitiva si el cliente ha tomado de otra entidad los fondos para hacer pago a la primera.

- **La apertura de crédito.**

El contrato de apertura de crédito es aquel por el que el acreditante, a cambio de una comisión, se compromete, con límites de cantidad y tiempo, a conceder crédito al cliente, haciéndole entregas de efectivo o efectuando prestaciones que le permitan obtenerlo o que aplacen el deber de pago. Es un contrato sui generis, principal y único, cuyo objeto es el crédito como valor económico. Se diferencia del de préstamo en que supone una disponibilidad, pero no equivale a la disposición propia. Es consensual, aunque suele celebrarse con intervención de fedatario público, para poder reclamar los saldos por la vía ejecutiva.

Si se celebra con un consumidor, deberá informarle del límite, si lo hay, del tipo de interés anual, gastos y condiciones de modificación, así como de la resolución del contrato.

En la fase de DISPONIBILIDAD ABSTRACTA, la entidad está obligada a crear una disponibilidad crediticia a favor del cliente por tiempo limitado o indefinido – revocable a voluntad de las partes. El cliente debe pagar la comisión pactada, independientemente de que se haya dispuesto o no del crédito.

En la fase de DISPOSICIÓN CONCRETA, el cliente debe reintegrar las cantidades obtenidas, según los plazos pactados. En los créditos de firma, el cliente deberá entregar a la entidad acreditante las cantidades necesarias para que haga honor a sus obligaciones cambiarias. Deberá pagar intereses según la cantidad, el tiempo, las garantías...

En el ámbito internacional, el importe de las operaciones obliga a acumular dinero y a dividir los riesgos, por lo que surgen los **CRÉDITOS SINDICADOS O CONSORCIALES**, en los que aparece un conjunto de bancos organizado por un banco agente. La operación subyacente puede ser cualquier contrato bancario. Lo característico es que una entidad bancaria gestiona los intereses de cada entidad sindicada. Se trata de un poder de representación conferido por el mandato colectivo de cada uno de los bancos, que responden mancomunadamente. Es un comisionista especial que ha de abrir una cuenta en el Banco de España. Es un mandato in rem propriam, ya que interviene como entidad acreditante, no sólo como mandatario e irrevocable, a no ser que concurra justa causa.

- **El descuento bancario.**

Por este contrato, el banco descontante se obliga a anticipar al descontatario el importe de un crédito dinerario contra un tercero y de vencimiento aplazado, a cambio de una detracción de un interés y de la enajenación a favor del descontante del referido crédito, así como de asumir al descontatario la promesa subsidiaria de restitución.

Si el banco descontante quiere liquidar la inversión en otra entidad, se da el redescuento. Tiende a regular su liquidez. Se configura como un contrato de crédito.

Es un contrato consensual y bilateral, de carácter mercantil.

El descuento puede ser comercial o financiero, pero esta distinción es solamente económica.

OBLIGACIONES DEL BANCO O ENTIDAD DESCONTANTE:

- 1.- Efectuar el anticipo de la suma dineraria. Como es un contrato de liquidez, es imprescindible que sea inmediata. El retraso puede no ser sólo mora debitoris, sino un incumplimiento.
- 2.- Como obligación negativa, no puede reclamar el anticipo antes del plazo, salvo la cláusula buen fin.
- 3.- Deber de diligencia: es una carga que consiste en que el banco debe intentar cobrar el crédito cuando venza y realizar todo lo necesario para que no prescriba ni quede perjudicado. Si lo incumple, no puede exigir su cumplimiento, además de perder los derechos que tenía el cliente.

OBLIGACIONES DEL CLIENTE:

- 1.- Deber de buena fe, precontractual, de declarar verazmente la naturaleza de las letras.
- 2.- Transmitir a favor del banco plenamente el crédito contra tercero. No es en pago, sino para pago, por lo que no se liberará hasta que el deudor pague válidamente. Consecuentemente, el banco adquiere la titularidad del crédito.
- 3.- Pagar los intereses del anticipo, por anticipado, descontándolos.
- 4.- Restitución de la suma dineraria cuando venza el plazo. En el contrato de descuento, además de al aplazamiento, el deber de restitución se encuentra sometido a la condición expresada mediante la cláusula *salvo buen fin* – impago del crédito.

• Los avales o garantías bancarias.

El banco queda obligado según lo pactado. El afianzamiento bancario es oneroso, por lo que el cliente debe pagar una comisión. Estas fianzas se llaman avales, aunque no es necesariamente solidaria. Se manifiesta fundamentalmente en el comercio internacional – se utilizan garantías a primera demanda o a primer requerimiento, en las que la obligación garantizada no afecta al contrato, puesto que la garantía es abstracta e independiente.

Últimamente han aparecido las llamadas cartas de patrocinio, por las que la sociedad matriz de un grupo de sociedades garantiza los compromisos de sus filiales, con una naturaleza jurídica muy controvertida.

• LOS CRÉDITOS DOCUMENTARIOS.

• Concepto y función.

El tráfico de mercancías sigue sometido a las dificultades geográficas inherentes y a la desconfianza referida a la solvencia y probidad entre los contratantes, puesto que éstos están sometidos a ordenamientos distintos. Suelen ser ventas a crédito, ya que se suele diferir el pago del precio. Para evitar el temor de que no se pague o de que no envíe la mercancía, se acude a la intermediación de una entidad bancaria. Surge una relación triangular por la que el comprador contrata como ordenante la apertura de un crédito documentario con su banco. El banco se obliga frente a él a celebrar un contrato con el vendedor o beneficiario. Se materializa en la

Carta de crédito, por la cual se compromete a realizar ciertas actividades si el vendedor le entrega los documentos señalados en ella y cuya entrega es obligatoria como consecuencia de la compraventa. Puede tener carácter revocable o irrevocable.

- **Disciplina de los créditos documentarios.**

La CCI ha elaborado una recopilación de usos y prácticas, las **Reglas y Usos Uniformes sobre Créditos Documentarios**, siendo su última revisión en 1993. Parte de la doctrina considera que son simples reglas de condiciones generales, otros que son verdaderos usos... El TS no ha sido preciso.

- **Naturaleza jurídica del crédito documentario.**

La relación del ordenante y el banco se basa fundamentalmente en que éste hace una gestión de aquél, por lo que deriva del contrato de comisión sustancialmente.

La Carta de crédito es un contrato diferente de la compraventa y de la comisión subyacentes.

- **Contenido del crédito documentario.**

Depende de las relaciones jurídicas entre los participantes:

1.– *Relación entre el comprador y el vendedor*: es un contrato de compraventa, suministro u otro, en su modalidad **de plaza a plaza y con expedición** – que tiene añadida la cláusula **pago por crédito documentario**, que impone al comprador la obligación de pagar el precio contratando con un banco la emisión de crédito documentario.

2.– *Relación entre el ordenante y el banco emisor*: el comprador asume la figura de ordenante y celebra el contrato de apertura de crédito documentario, que tiene la naturaleza de contrato de comisión. El **ordenante** se obliga a dar instrucciones al banco de manera precisa, puesto que se rige por el principio de cumplimiento estricto – comisión imperativa. También tiene la carga de realizar la provisión de fondos, que puede ser obligación contractual si el banco se compromete a anticiparla. Ha de retirar los documentos cuando los ha recibido el banco y satisfacerle la comisión por el servicio. El **banco emisor** se obliga a abrir el crédito documentario a favor del beneficiario, con el que ha de celebrar el contrato de Carta de crédito, y a recibir y examinar diligentemente los documentos – nunca las mercancías o el cumplimiento del contrato. Es un examen formal – que están todos los documentos, según las instrucciones dadas.

3.– *Relación entre el banco emisor y el beneficiario*: si es revocable, no hay ninguna relación jurídica entre ellos, porque las obligaciones son frente al ordenante – será un mandatario de pago. Sin embargo, si es irrevocable, lo que se presume, el banco asume un compromiso directo y firme – obligado a aceptar letras de cambio, a efectuar pagos, etc... Ha de realizar la prestación cuando el beneficiario le haya entregado todos los documentos descritos en la Carta de crédito. En la relación entre el banco emisor y el beneficiario suele intervenir un segundo banco que se encuentra en el país del beneficiario.

El CRÉDITO DOCUMENTARIO TRANSFERIBLE se define en las Reglas Uniformes como aquel por el que el beneficiario puede dar instrucciones al banco para que el crédito pueda ser utilizado por terceros – **segundos beneficiarios**–, que suelen ser sus proveedores, por lo que sirve de medio de pago. Debe haber sido establecido así o puede atribuirse la nota de transferibilidad después, sólo una vez, salvo pacto expreso en contrario, por acuerdo de todos los interesados. Se plasma en una segunda carta de crédito, que no extingue la primera, puesto que si aquéllos no lo utilizan en un plazo, puede utilizarlo el primero para sí.

Se extingue, generalmente, por el cumplimiento de las obligaciones. Como suele ser concedido por un periodo determinado, si en él no se cumplen las condiciones reseñadas, también se extinguirá la apertura.

- **OTRAS OPERACIONES BANCARIAS.**
- **Intervención de la banca en el mercado de valores.**

Papel preponderante en la intermediación en el mercado de valores, directamente o mediante sus sociedades filiales. Tienen plena capacidad operativa en el mercado de valores.

Hay un conjunto homogéneo de contratos por los que las entidades prestan servicios de inversión y actividades complementarias, que recaen sobre valores negociables e instrumentos financieros regulados en el art. 2 LMV. Tienen características comunes, enumeradas en las disposiciones de la LMV y deberán ser ejecutados según sus normas de actuación. Pueden desarrollarse en el mercado primario, en el secundario o en ambos.

Destacan los CONTRATOS BANCARIOS DE MEDIACIÓN EN LAS EMISIONES Y OFERTAS PÚBLICAS DE VENTA DE VALORES: en el art. 63 LMV se prevén los servicios y actividades que pueden desarrollar las entidades de crédito (mediación en la colocación de las emisiones y ofertas públicas de ventas y aseguramiento de las mismas). Según el desarrollo dado por el RD 291/1992, se pueden distinguir:

- 1.- **Contrato bancario de colocación**, cuando media en la distribución al público.
- 2.- **Contrato bancario de dirección**, cuando recibe un mandato para preparar la colocación y realizar las operaciones necesarias para la emisión.
- 3.- **Contrato bancario de coordinación**, cuando controla el estado y la evolución de la demanda de valores y la actividad de las aseguradoras y colocadoras, a las que representa.
- 4.- **Contrato bancario de aseguramiento**, cuando asume el compromiso de garantizar el resultado económico de la operación.

El CONTRATO BANCARIO DE GESTIÓN DE CARTERAS DE INVERSIÓN tiene una importancia creciente. Es un contrato mercantil por el que una empresa de servicios de inversión o una entidad de crédito administra individualizadamente un conjunto de valores negociables o instrumentos financieros por cuenta y encargo del titular, quien remunera el servicio. Hay una amplia gama de servicios de gestión de carteras, desde la gestión asesorada a la discrecionada.

Suele celebrarse coordinadamente con el contrato de depósito de dinero y el de valores e instrumentos financieros que forman la cartera. La entidad gestora debe informar periódicamente, administrar la cartera y rendir cuenta final, según las normas generales de actuación en el mercado de valores y las particulares de la Orden ministerial de 7 de octubre de 1999. En la práctica se utiliza el modelo normalizado establecido por la CNMV.

El CONTRATO BANCARIO DE DEPÓSITO Y ADMINISTRACIÓN DE VALORES E INSTRUMENTOS FINANCIEROS tuvo como punto de partida la entrada en vigor de la LMV de 1988, puesto que estableció la generalización de la anotación en cuenta como forma de representación de los valores. Tras la Reforma de 37/1998, entre las actividades complementarias que pueden prestar las entidades de crédito, encontramos la de depósito y administración de instrumentos financieros y valores negociables, incluyendo la llevanza del registro contable. Son dos contratos bancarios diferentes:

- ◆ Contrato bancario de depósito y administración, por el que la entidad se obliga a custodiar y administrar los valores representados por títulos o anotaciones en cuenta. Debe distinguirse del contrato de depósito de las instituciones de inversión colectiva, con un régimen especial.
- ◆ Contrato bancario de llevanza del registro contable, por el que la entidad emisora encomienda a la entidad de crédito esta llevanza, que dependerá de si son admitidos o no a negociación en

Bolsa.

B) Alquiler de cajas de seguridad.

El cliente, mediante el pago de un canon, dispone de una caja fuerte para guardar ciertos objetos. Su cerradura suele abrirse con una llave doble (en posesión del cliente y del banco). El cliente puede acceder a ellas y disponer de las mismas. El banco no recibe las cosas, no se le entregan. Custodia el contenido de manera indirecta, vigilando la caja. El cliente ha de usarla diligentemente.

Se considera contrato de arrendamiento con caracteres del de depósito, aunque parte de la doctrina lo considera sui generis.

C) Informaciones comerciales.

El banco se compromete, generalmente, a dar informaciones sobre la solvencia y seriedad comercial de ciertas personas. La exoneración de la responsabilidad por inexactitud no es válida si ha habido dolo o, en ciertos casos, cuando haya violado el deber de lealtad a sus clientes.

Si las informaciones provienen de las relaciones mantenidas entre ambos, el cliente podrá reclamar contra él, puesto que se ha violado el secreto bancario, basado en la relación de confianza existente entre las partes. Este secreto tiene como límite el deber de información a la Administración Pública, a efectos fiscales, de determinados datos.

- **EL CONTRATO DE TRANSPORTE**
- **CONSIDERACIONES GENERALES.**
- **Actividad de transporte y normas públicas y privadas.**

Control estatal, por razones de orden técnico – impiden el desarrollo en régimen de competencia – y por su importancia. Conjunto amplio de disposiciones de Derecho público.

Fundamentalmente se recogen en la **Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres.**

- **Noción y caracteres generales del contrato de transporte.**

El porteador se obliga, a cambio de un precio, a trasladar de un lugar a otro a personas o cosas. Se obliga a realizar una obra determinada. Es oneroso, puesto que como contrapartida existe el pago de una determinada cantidad.

La naturaleza jurídica es discutida, pero la mayoría doctrinal se inclina por considerarlo un contrato de obra. Ha de ofrecer el resultado prometido de transferencia. Éste ha de ser completo e indivisible.

Cuando no se pactan los medios, que es lo habitual, puesto que lo importante es el cumplimiento, se dice que la prestación del porteador es fungible.

- **Clases de transporte.**

Criterios de clasificación dispares.

La Ley de transportes terrestres se fija en el modo del ejercicio de la actividad:

1.– Civil o mercantil. Será éste cuando tenga por objeto mercaderías o efectos de comercio y cuando el

porteador sea comerciante o se dedique habitualmente a ello.

2.- Según el medio geográfico: terrestre – por carretera o ferroviario, marítimo y aéreo. También fluvial e incluso mixto..

3.- De personas o cosas.

- **TRANSPORTE TERRESTRE DE COSAS.**
- **Delimitación y normas aplicables.**

Título VII del libro segundo.

Hay otras normas administrativas. La Administración se ha reservado la facultad de aprobar los contratos tipo y condiciones generales, aunque tienen carácter subsidiario a lo que pacten libremente las partes.

Las cosas a las que se refiere el contrato pueden ser de distinta naturaleza. Es **consensual**, con excepciones, aunque la entrega de la cosa es un presupuesto esencial para su ejecución.

Si se trata de un contrato de transporte internacional de mercancías por carretera se aplicará el **Convenio de Ginebra de 16 de mayo de 1956 (C.M.R.)**, ratificado por España en 1973.

- **Elementos personales del contrato.**

El contrato se lleva a cabo entre el **porteador y el remitente**. Normalmente también aparece un tercero, el **destinatario**.

PORTEADOR: Asume la obligación de realizar el traslado. Es decir, una obligación de resultado, asumiendo su riesgo. En ocasiones actúa una pluralidad de porteadores:

- ◆ Sistema de transporte con subtransporte. Un porteador se obliga frente al cargador a realizar la totalidad de la obra y a asumir el riesgo, pero llevándolo a cabo mediante uno o varios porteadores. Hay, por tanto, un porteador contractual y otros efectivos y subcontratistas.
- ◆ Transporte con reexpedición: el primer porteador se obliga sólo a realizar un determinado trayecto y a realizar por cuenta del cargador los contratos precisos para que llegue a su destino.
- ◆ Transporte cumulativo de mercancías: un porteador celebra un contrato al que se van incorporando otros, por lo que es de formación sucesiva.

En el art. 373 CCom se establece la responsabilidad solidaria de todos los porteadores frente al cargador, aunque puedan repetir, en su caso, contra el culpable. También ocurre cuando el porteador subcontrata, puesto que actúa como comisionista de garantía y responde de la ejecución.

CARGADOR: Es el acreedor del transporte.

DESTINATARIO: también llamado consignatario, es el que recibe la prestación. Es extraño a la relación jurídica hasta que solicita la entrega, momento en el que el cargador deja de ser acreedor y es sustituido por el destinatario. Es un contrato a favor de tercero. El derecho a retirar y disponer de las mercancías se incorpora a la carta de porte, que es el título de tradición. Aunque el origen de la posición del destinatario no está en ésta, sino en el contrato.

C) La carta de porte.

Este contrato es **consensual**, a pesar de que el art. 350 CCom dice que podrán exigírsela recíprocamente el porteador y el cargador. Si no se ha expedido, se atenderá a las pruebas de cada parte.

La carta ha de tener ciertos datos. Puede extenderse a la orden, al portador o nominativamente. Es un título de tradición, por lo que su posesión equivale a la de las mercancías. Es un elemento probatorio con carácter privilegiado.

Entregada la mercancía, se devuelve al porteador, y, salvo que conste alguna reclamación por escrito, supone la conformidad con la ejecución.

• Efectos del contrato.

Deberes y obligaciones del cargador: ha de entregar las mercancías en condiciones aptas para su transporte. Si el porteador tiene dudas sobre la coincidencia de lo declarado por éste y lo entregado, puede hacer un reconocimiento ante éste y testigos o notario. Tiene que entregar también los documentos necesarios. Su obligación principal, sin embargo, es el **pago del precio**. Puede pactarse que el pago se realice por el destinatario, quien asumirá esta obligación. El porteador tiene como garantía un derecho preferente sobre las propias mercancías, de ocho días, además de la acción ordinaria.

Deberes y obligaciones del porteador: ha de transportar la mercancía – obligación típica – en buen estado – el mismo en el que la recibió:

- 1.– Recibir la mercancía y cargarla. Puede rechazar las mal embaladas o peligrosas.
- 2.– Transporte en la forma prevista en el contrato, por el itinerario pactado y cumpliendo las leyes y reglamentos administrativos.
- 3.– Devolver la cosa recibida entregándola al consignatario en el tiempo pactado. Se puede variar por orden del cargador la persona del destinatario canjeando la carta de porte.
- 4.– Si no lo encuentra o se niega a recibirla, puede depositarla judicialmente o constituirse en su depositario.
- 5.– Custodiar diligentemente la mercancía. Su responsabilidad es tradicionalmente grave, puesto que además de la carga de la prueba, contra ella cabe probar que no actuó con la diligencia debida.

Deberes y obligaciones del destinatario: sólo entra en el contrato cuando manifiesta su voluntad, aunque si ha habido averías que han hecho inútiles las mercancías o se produce un retraso cuando hay plazo fijado, el destinatario puede comunicar al porteador por escrito el deje de cuenta, éste deberá satisfacer el valor total de los efectos que se hubieran perdido, etc. Si ha sido a porte debido, debe pagar el precio. No puede diferir el pago más de 24 horas.

• Responsabilidad del porteador.

Supuestos:

- 1.– Incumplimiento de la obligación de transportar, total o parcialmente. También ocurre cuando se entregan con retraso, después del plazo pactado.
- 2.– Incumplimiento de la obligación de custodia, es decir, por pérdida total o parcial o por averías.

3.- Pérdida parcial o avería parcial que afectan a una parte de los efectos pero sin los que el resto no es útil: pueden ser rechazados.

Sólo responde cuando se deban a su **culpa**, no en caso de fuerza mayor, caso fortuito, etc...

El porteador deberá probar que la fuerza mayor o el caso fortuito han provocado el daño. Aunque puede probarse su negligencia. Los daños serán probados por peritos si no hay acuerdo entre las partes.

El CCom limita la deuda del porteador en caso de que surja su responsabilidad por daños o averías al valor que tengan las cosas en el lugar de destino en el momento de la entrega. La Administración también puede señalar límites máximos para los casos en los que no se haya señalado otro valor de las mercancías y no haya habido dolo.

El porteador debe denunciar los daños o averías de las cosas transportadas en el momento de la entrega o en las 24 horas siguientes o decae esta acción. Si no ha decaído, tiene un plazo de prescripción de un año – igual que si la indemnización se pide por retraso. Los medios utilizados por el porteador quedan afectados especialmente al pago de las indemnizaciones.

- **Referencia a las especialidades del transporte ferroviario de cosas.**

Disciplina especial en los arts. 150 y ss LOT y en normas reglamentarias. En los transportes internacionales se aplican las Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril (C.I.M.).

Características:

1.- Naturaleza de contrato real. Se perfecciona con la entrega de la cosa al porteador.

2.- Responsabilidad del porteador desde el momento de la entrega.

3.- Como documentos del contrato, debe hacerse una declaración de expedición – descripción de las mercancías hecha por el remitente– y un talón con el número, clase, etc de las mercancías, que dará el porteador al remitente.

- **Las Juntas Arbitrales de Transportes.**

Se crean en el art. 37 LOT, aunque su reglamento desarrolla las funciones, organización, etc. Sus laudos tienen los efectos de los arbitrajes de Derecho privado. Además de las funciones arbitrales, pueden informar sobre el cumplimiento de los contratos de transporte, actuar como peritos, etc...

- **TRANSPORTE TERRESTRE DE PERSONAS.**

- **Caracteres generales.**

No se encuentra en el CCom, pero el art. 88 del Decreto de 9 de diciembre de 1949 señalaba que debían aplicarse a este transporte los artículos 349 y ss CCom y subsidiariamente el CC. No es posible tal analogía.

Los elementos personales son menos: porteador y viajero. La carta de porte será el billete. Además, suele comprometerse el porteador a transportar el equipaje del viajero, aunque su responsabilidad sólo alcanza a los que le son entregados.

Se encuentra en los arts. **67 y ss LOT**. Este contrato se formaliza a través de la expedición del billete y ha de llevarse a cabo de conformidad con las cláusulas de los contratos tipo fijados por la Administración, aunque

pueden modificarse en el supuesto de un grupo conjunto de viajeros que disponen del vehículo completo.

El art. 40.2 LOT prevé que la Administración elabore un catálogo de derechos y deberes de los usuarios del transporte.

- **Efectos del contrato.**

La obligación fundamental del porteador es la de trasladar al viajero de un lugar a otro, sin que sufra daños, en las condiciones pactadas. Sólo puede sustituir el medio por otro con características similares.

La obligación fundamental del viajero es el pago del billete. Además, ha de usar el vehículo adecuadamente, no dañar al resto de viajeros, etc...

La responsabilidad del porteador es la general del CC. El Reglamento de la LOT regula algunos aspectos concretos y limita la responsabilidad a 12 € por kilo, si no se ha declarado un valor distinto.

- **Referencia a la disciplina del transporte ferroviario de personas.**

Las normas particulares para este transporte son las disposiciones concernientes a los viajeros, contenidas en el Reglamento de Policía de los Ferrocarriles de 1878, modificado por algunas disposiciones posteriores, sobre todo el Reglamento de 1990 de la LOT. En el ámbito internacional, hay que tener en cuenta las Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de viajeros y equipajes por ferrocarril, otro apéndice del C.O.T.I.F.

- **Régimen de los llamados viajes combinados.**

Se regulan en la **Ley 21/1995**, según la Directiva comunitaria 30/314/CE. Este viaje es aquel en el que se ofrece no sólo un transporte, sino también alojamiento y otros servicios turísticos.

La ley considera como partes del contrato a la **Agencia de viajes**, que puede ser mayorista o detallista y al **consumidor o usuario**. La Agencia ha de dar al consumidor un folleto informativo con una información completa sobre el viaje antes de la conclusión del contrato, como deber precontractual. Esta información vincula a la Agencia. Ha de prestar los servicios en los términos convenidos.

Ha de formularse por escrito, con las cláusulas correspondientes a lugar, fecha, itinerario, etc... Si la Agencia tuviera que modificar algún elemento esencial, deberá hacérselo saber al consumidor inmediatamente, quien podrá resolver el contrato sin penalización o aceptar expresamente la modificación.

La Agencia organizadora y la detallista que actúe por cuenta de aquélla responderán del cumplimiento de las obligaciones. Si el incumplimiento se debiera a los prestadores de servicios, podrán repetir contra éstos.

El contrato puede resolverse por cancelación de la Agencia – derecho al reembolso de lo pagado si no es por culpa del viajero, sustitución por otro o indemnización prevista en la ley; no si es por falta de gente o fuerza mayor– o del consumidor – indemnización a la Agencia si es con menos de 15 días.

- **CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO.**

- **Normas aplicables.**

Se regula en la **Ley de Navegación Aérea de 1960**, aunque para los transportes internacionales se acude al Convenio de Varsovia de 1929, ratificado en 1930 y modificado posteriormente. En 1999 se elaboró el Convenio de Montreal, para modernizar y uniformar el anterior.

• Transporte de personas.

Características:

- 1.– Obligación del porteador de expedir el billete de pasaje, nominativo e intransferible, aunque el contrato no es formal. El equipaje se anota en él o en un talón aparte y puede retirarse mediante éste.
- 2.– Se compromete a transportar su equipaje. El viajero deberá hacer una reclamación en el momento de la devolución si no quiere perder la acción por los daños sufridos en él.
- 3.– El viajero puede rescindir el contrato si lo notifica en un plazo determinado. El porteador deberá devolver el precio pagado. También puede rescindirse así por suspensión del viaje, fuerza mayor, circunstancia peligrosa, perturbación, etc...

El RD 1961/1980 regula las indemnizaciones en los casos en los que no se admite el embarque por falta de asientos. Si el viaje se interrumpe, el porteador ha de efectuar el transporte por su propia cuenta, del modo más rápido posible, sufragando los gastos de manutención, etc...

• Transporte de mercancías.

Especialidades:

- 1.– Es de carácter real, se perfecciona con la entrega de las mercancías.
- 2.– El documento del contrato es el talón, que constituye prueba plena del mismo y se expide sobre la declaración del remitente. Puede expedirse de forma nominativa, a la orden o al portador. Es un título de tradición.
- 3.– Debe transportar la mercancía en el plazo pactado y de la forma en la que la recibió. Su responsabilidad sólo se exime por fuerza mayor o por vicio propio de la cosa. Si no encuentra al destinatario o éste se niega a recibirla, el porteador lo comunicará al remitente, constituyéndose en depositario y vendiéndola en pública subasta en un mes.
- 4.– Amplio derecho de disposición de las mercancías, con el límite de la transmisión de la carta de porte o talón, puesto que es su titular quien tiene el derecho de disposición.
- 5.– Si es transporte combinado entre varias empresas, existe responsabilidad solidaria de todos los porteadores.

• Responsabilidad del porteador en caso de accidente.

La Ley de Navegación Aérea la regula mediante reglas comunes al transporte de personas y cosas, aunque se ha modificado por normas internacionales, sobre todo para uniformar los transportes internacionales y nacionales. Destaca el Reglamento 2027/97. Se regulan los daños producidos a bordo o en el embarque o desembarque a las personas y los sufridos en la superficie (extracontractuales y completados con el Convenio de Roma de 1952).

La Ley establece la responsabilidad objetiva del porteador, en los casos de daños causados por accidente. Si ha habido colisión de naves, ambas responderán solidariamente – entre ellos, proporcionalmente al peso de la aeronave si no puede determinarse de quién ha sido la culpa. El porteador ha de suscribir un contrato de seguro.

En caso de muerte o lesión del pasajero, no hay límite económico en principio. El porteador sólo podrá impugnar la cifra si supera los 100.000 derechos especiales de giro, probando que no existió negligencia o falta diferente. El pasajero o sus derechohabientes tienen derecho a un anticipo (no inferior a 16.000 derechos en caso de fallecimiento) para cubrir las necesidades inmediatas.

También hay indemnización en caso de retraso si la compañía no ha intentado evitar razonablemente el daño, con límite económico.

El porteador aéreo es responsable del daño sufrido por el retraso en la entrega del equipaje si no ha adoptado las medidas necesarias. En caso de pérdida o daño, el pasajero ha de reclamar por escrito en 7 días si ha sido facturado el equipaje o 21 si ha sido simple retraso. El plazo cuenta desde que el equipaje se puso a disposición del pasajero. No puede superar la cantidad de 1.000 derechos, salvo que se haya hecho una declaración especial sobre el valor del equipaje, abonando una tarifa suplementaria.

22. EL CONTRATO DE SEGURO

- **INTRODUCCIÓN.**
- **Referencia al concepto económico del seguro.**

La esencia consiste en la cobertura recíproca de una necesidad pecuniaria fortuita y valorable en dinero por parte de personas sometidas al mismo riesgo. Se caracteriza, por tanto, por la existencia de una necesidad pecuniaria eventual, futura e incierta; de un grupo de personas con un riesgo similar; de aportaciones de estas personas para cubrir la necesidad del sujeto que sufre y de una persona con una necesidad actual.

Por regla general, se realiza de forma voluntaria, aunque hay ocasiones en las que es impuesto por la ley.

- **Elementos fundamentales del seguro.**

INTERÉS: relación con contenido económico entre un sujeto y un bien. El sujeto puede estar indeterminado hasta el momento del siniestro, pero siempre ha de existir. El objeto puede ser de diferente naturaleza. La relación económica entre el sujeto y el bien ha de ser susceptible de valoración económica y, además, ha de obtenerse una utilidad económica del objeto por parte del sujeto.

DAÑO: es la lesión total o parcial del interés existente – daño emergente– o previsto – lucro cesante– producido por la realización del riesgo. Es el equivalente jurídico al término económico de necesidad pecuniaria, con matices.

RIESGO: posibilidad de un evento dañoso, con diferentes grados – probabilidad. El hecho ha de ser futuro e incierto, bien porque no se sabe si va a tener lugar o porque no se sabe cuándo. Por razones de orden público, se excluyen los siniestros causados por el asegurado con dolo o mala fe. Según la LCS es nulo el contrato si no existe riesgo o ha ocurrido el siniestro ya.

- **CONCEPTO, CLASES Y CARACTERES DEL CONTRATO DE SEGURO.**
- **Concepto del contrato de seguro.**

Es el contrato por el cual el asegurador se obliga frente al asegurado al pago de una indemnización, dentro de los límites pactados, mediante la percepción de una prima. Tiende a resarcir un daño eventual, por lo que para su validez, necesita la **existencia de un interés**. Dada su dificultad de prueba, hay ciertas presunciones sin prueba en contrario.

La valoración del daño puede ser sencilla o muy compleja. En ciertos seguros se pretende la eliminación total del daño, mientras que en otros se tiende a un resarcimiento parcial.

- **Clasificación del contrato.**

La clasificación más importante es la que divide **seguros de daños en sentido estricto** y **seguros de personas o sumas**. Es importante por la prueba, valoración y liquidación del daño.

SEGUROS DE DAÑOS: de cosas, de crédito, de beneficio esperado, de deudas.

SEGUROS DE PERSONAS: de accidentes, de enfermedad, de vida.

Partiendo de la anterior división, a efectos de las normas de control de la actividad aseguradora – autorizaciones administrativas– se clasifican de forma más descriptiva.

- **Régimen del contrato.**

Había un vacío legislativo en el CCom y en el CC, suplido con la supervisión de la Administración Pública. Como consecuencia de la necesidad de una ley que recogiese la regulación fundamental, surgió la **Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro**. Tiene carácter, en principio, imperativo, pero se aceptan las cláusulas que sean más beneficiosas para el asegurado. Las cláusulas limitativas de derechos se aceptarán por escrito. Cuando la ley se refiere a los grandes riesgos, tiene carácter dispositivo, supliendo a lo que acuerdan las partes.

- **Normas de Derecho internacional privado.**

Artículos **107 a 109 LCS**, modificados por la Ley 30/1995, como consecuencia de la libre prestación de servicios del Tratado CEE, que consiente el aseguramiento de los riesgos por aseguradores con establecimiento abierto en países de la Comunidad:

- ♦ 107: la ley española será aplicable en el supuesto de los seguros obligatorios y cuando los riesgos estén en territorio español y el tomador tenga su domicilio en España. En caso de grandes riesgos, las partes podrán elegir.
- ♦ 108: ley española aplicable para los seguros de vida cuando el tomador tenga su residencia habitual en España o nacionalidad española con acuerdo del asegurador o por contrato de trabajo sometido a la ley española.
- ♦ 109: en lo no previsto, normas generales de D.I.P. en materia de obligaciones contractuales.

- **Características del contrato.**

Caracteres:

- 1.– Es **aleatorio**, puesto que se ignora si se verificará el siniestro o cuándo y su beneficio.
- 2.– Es **oneroso**. Las prestaciones son correlativas – es bilateral y sinalagmático.
- 3.– Es **de duración y único**.
- 4.– Es **de adhesión** normalmente.

- **ELEMENTOS PERSONALES.**

- **Asegurador.**

Es la persona que asume la obligación de pago de la indemnización cuando se produce el evento asegurado. Reservado a las sociedades anónimas, mutuas, mutualidades de previsión social y cooperativas – **entidades de seguros**. Han de estar inscritas en el Registro Mercantil y tener una previa autorización administrativa e inscripción en el Registro especial del Ministerio de Economía y Hacienda. Su objeto social ha de estar limitado al ejercicio de la actividad aseguradora. Operan sobre la base de una técnica actuarial y bajo el control de la Administración. Exige un capital o fondo mínimo. Serán nulos de pleno derecho los contratos celebrados con entidades sin autorización, aunque si sucede el siniestro, deberá indemnizar, más los daños y perjuicios.

- **Tomador del seguro y asegurado.**

Generalmente quien contrata es quien está sometido al riesgo y es titular del interés asegurado, aunque pueden no coincidir asegurado y tomador. El contratante puede serlo por cuenta propia o ajena. El tomador del seguro queda obligado al cumplimiento de los deberes y obligaciones del contrato, aunque si son cumplidos por el asegurado, el asegurador ha de considerarlos válidos. Por eso la ley considera que algunos deberes son indistintos de uno u otro. Si el tomador es deudor de las obligaciones, el acreedor es el asegurado. No siempre es así.

- **Posición del agente de seguros.**

No es parte del contrato. Si es un agente afecto – vinculado por medio de un contrato de agencia– interviene en nombre y por cuenta del asegurador, obligándole sólo si tiene poder de representación. Los pagos hechos a él se entenderán efectuados al asegurador. Si es un corredor de seguros – vinculado por un contrato de mediación o corretaje– no se entenderá pagado el asegurador cuando se haga al corredor, a no ser que expenda recibo.

Han de ofrecer información veraz y suficiente.

- **FORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN DEL CONTRATO.**

- **Carácter consensual.**

Se perfecciona cuando se unen oferta y aceptación, de cualquier forma. A efectos probatorios, la ley exige que se formalice por escrito. El asegurador ha de entregar la póliza al tomador. La solicitud del seguro no vincula al solicitante, pero la proposición hecha por el asegurador vincula durante 15 días. Pueden retrotraerse los efectos por acuerdo entre las partes.

Algunas disposiciones lo transforman en formal. Las partes sí pueden pactar que se difiera el momento en que el contrato produzca efectos.

- **Documentos del contrato.**

LA PÓLIZA: es el documento que recoge el contrato de seguro. Debe recoger los elementos esenciales (partes, riesgo, interés, suma, importe de la prima, etc.). Las condiciones generales, de forma clara y precisa, destacando las cláusulas limitativas de derechos. El asegurador deberá expedir copias en caso de pérdida, etc.

Las condiciones generales y los modelos están sometidos a la vigilancia de la Administración, aunque pueden declararse nulos por los tribunales.

Se redactará en forma nominativa con designación del asegurado. Puede emitirse a la orden o al portado, aunque no se transforma en título–valor.

Otros: puede haber un apéndice o suplemento, la solicitud del seguro, que no es vinculante, la proposición del

seguro, la nota de cobertura provisional.

- **Deber de declaración del tomador del seguro.**

El contratante tiene el deber de declarar las circunstancias que delimitan el riesgo. El asegurador ha de confiar en la descripción del riesgo, por lo que es un contrato de máxima buena fe. Cumplimenta un formulario del asegurador mediante una declaración exacta – deber de contestación o respuesta. Si la declaración es inexacta, deberá hacer una declaración al tomador, en el plazo de un mes desde que conozca la inexactitud o reserva. Si sobreviene antes el siniestro, se reducirá la indemnización proporcionalmente a la falta de veracidad. Si hubo dolo o mala fe quedará libre de pagar. Caben las cláusulas de incontestabilidad o indisputabilidad.

- **Duración del contrato y prescripción.**

Fijado en la póliza – nunca más de 10 años. Pueden pactarse prórrogas anuales, con preaviso de dos meses.

Las acciones prescriben en dos años si es seguro de daños y en cinco si es de personas, para cualquiera que deba ejercitarlas. Quedan al margen las facultades que derivan del contrato y las acciones o derechos que no procedan del contrato directamente. Será competente el juez del domicilio del asegurado, sin posible pacto en contrario, que será nulo.

- **OBLIGACIONES DE LAS PARTES.**

- **Obligaciones del asegurador.**

De entrega de la póliza: primera obligación del asegurador. Presupone la existencia de un contrato válido. También copias o duplicados si lo pide el tomador.

Cobertura del riesgo: antes de que se produzca el riesgo, debe tener una conducta tendente a que pueda hacer frente a la prestación monetaria. Seguridad o garantía por parte del asegurador con valor económico. El derecho de garantía del asegurado no se confunde con el de crédito de la prestación monetaria. Si no ofrece esta seguridad, puede resolver el contrato por incumplimiento.

Pago de la prestación: cuando se produce el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura ha de pagar la indemnización. Si ha habido mala fe o dolo, no. La cuantía depende del daño y los límites del contrato. Su cálculo puede ser difícil. Debe satisfacerla tras las investigaciones y peritaciones. Siempre a los 40 días de la recepción de la declaración de siniestro, so pena de que se apliquen intereses moratorios cuando no hay causa justificada del retraso. La jurisprudencia tiende a hacer irrelevante la falta de liquidez para su aplicación. Puede realizar su prestación in natura dependiendo de la naturaleza del seguro y del consentimiento del asegurado.

- **Obligaciones y deberes del contratante.**

Pago de la prima: obligación fundamental del contratante. Suele ser una suma de dinero. Es elemento esencial del contrato. Puede ser única o periódica, pagándose de forma anticipada. Si se da el impago de la primera prima y se produce el siniestro, el asegurador no tiene que pagar. Si es de las primas siguientes, la cobertura queda suspendida un mes después del vencimiento de la obligación de pago. Si se paga, vuelve a tener efecto a las 24 horas.

En el seguro de vida, la falta de pago de la prima, tras dos años como máximo, producirá una reducción conforme a la tabla de la póliza.

Deberes: además del deber precontractual de declarar las circunstancias relacionadas con el riesgo del tomador, existen estos deberes:

1.- El tomador o el asegurado han de comunicar al asegurador las circunstancias que agravan el riesgo. El efecto de no hacerlo es la reducción del importe de la indemnización. Efectuada la comunicación, puede modificarse el contrato o rescindirse. Si se disminuye el riesgo, puede solicitarse una reducción de la prima, para mantener el equilibrio de las prestaciones de las partes.

2.- El asegurado debe comunicar la producción del siniestro en un plazo breve, para que el asegurador adopte las medidas internas necesarias, prepare la liquidación técnica y se establezca el estado provisional de los hechos del siniestro. Plazo máximo de 7 días. También deben comunicarle las circunstancias y consecuencias del siniestro. Si no, puede quedar liberado de la obligación de pagar la indemnización.

3.- El tomador o asegurado deberán intentar aminorar las consecuencias del siniestro. El fundamento es la defensa de los intereses del asegurador y de los del asegurado y en la buena fe. Si no se cumple, recibirá la prestación en la proporción oportuna, según los daños y la culpa del asegurado. Los gastos del deber de salvamento serán de cuenta del asegurador, con límites.

23. EL CONTRATO DE SEGURO. SEGURO CONTRA DAÑOS

• CONSIDERACIONES GENERALES.

Los **seguros de indemnización efectiva o de daños en sentido estricto** tienen como nota común que tienden al resarcimiento completo del daño sufrido. Por razones de orden práctico – la provocación del siniestro – se ha pretendido que nunca sea realmente total. El límite de la indemnización es el valor real del daño. La situación patrimonial del asegurado nunca será mejor tras el evento – no puede producirse enriquecimiento injusto. Se diferencian de los de personas sobre todo por la forma en la que se lleva a cabo el resarcimiento. En éstos no suele ser necesaria la prueba del daño ni la valoración concreta del daño. La LCS recoge ciertas modalidades. Si existen otras, deberán ser aplicadas sus normas generales, en defecto de normas específicas preferentes según la propia LCS. En las modalidades en las que se mezclan ambos tipos, se aplicará la Ley según los tipos combinados.

• VALOR DE INTERÉS Y SUMA ASEGURADA.

• Relevancia del interés asegurado.

Es importante no sólo para la validez del contrato, sino también para el cálculo de la indemnización – art. 25 LCS. La existencia del interés es precisa cuando el contrato debe producir efectos y debe pervivir durante toda la relación jurídica, no sólo al inicio. Si el interés desaparece, se da una causa de extinción de la relación.

• Significado de la suma asegurada.

Es el importe máximo del interés asegurado cubierto por el asegurador. Es la cuantía por la que el interés es asegurado en el contrato. Se mide a través de la asignación de un valor a un bien, que puede modificarse a lo largo del contrato. Se distingue el valor inicial, el sucesivo, el final y el de residuo.

• Relación entre el interés y la suma asegurada.

Puede variar:

Se da **seguro pleno** cuando el valor del interés asegurado coincide con la suma asegurada – se producirá un resarcimiento completo del daño.

Se da **seguro parcial o infraseguro** si la suma asegurada es inferior al valor del interés – se aplicará una regla proporcional, salvo pacto en contrario.

Se da **sobreseguro** cuando la suma es superior a ese valor. Puede solicitarse la reducción de la suma y de la prima cuando esta diferencia es notablemente superior y el asegurador deberá indemnizar el daño efectivamente causado. Si el sobreseguro se produce como consecuencia de dolo o mala fe del asegurado, con el deseo de enriquecimiento injusto, el contrato será ineficaz, aunque con ciertos efectos positivos para el asegurador.

Las partes pueden fijar en la póliza o con posterioridad el valor del interés asegurado que habrá de tenerse en cuenta a la hora de calcular la indemnización. La ley prevé causas de impugnación por el asegurador del valor estimado.

- **EXISTENCIA DE VARIOS SEGUROS.**

- **Seguro múltiple o cumulativo.**

Se encuentra en el art. **32 LCS**. Parte de su licitud. Sus notas delimitadoras son:

- ◆ Pluralidad de contratos de seguro de un mismo tomador con varios aseguradores.
- ◆ Los contratos han de tener los mismos efectos.
- ◆ Los seguros han de operar conjuntamente – no sucede en caso de seguro subsidiario.
- ◆ La iniciativa de la pluralidad de contratos ha de deberse al tomador del seguro, sin acuerdo previo.

El tomador o asegurado deberán comunicar la existencia de los demás. Si no, no tendrán por qué abonar la indemnización, para evitar el sobreseguro.

Los aseguradores contribuirán a la indemnización en proporción a la suma asegurada, sin que pueda superarse la cuantía del daño. El asegurador que ha pagado una cantidad superior podrá repetir contra el resto.

B) Coaseguro.

Se concluyen varios contratos de seguro, existiendo un acuerdo previo entre los aseguradores para repartirse las cuotas, relativos al mismo interés, mismos riesgos y mismo tiempo. Son los aseguradores los que se unen con el consentimiento del tomador.

El art. **33 LCS** regula la relación externa – entre los aseguradores y el tomador. Presupone el acuerdo interno concreto para el caso o genérico entre los coaseguradores.

El **pacto de coaseguro** se refiere a la relación de aquéllos con el tomador. Generalmente se refiere a un único contrato de seguro. De esta relación nacerán varias obligaciones, puesto que los aseguradores asumen una obligación parciaria o a prorrata. La esencia y voluntad de los coaseguradores es responder de forma proporcional. La responsabilidad de ellos no es solidaria, aunque puede nombrarse a uno como *delegado o abridor*, que concierta el contrato con el asegurado en nombre propio por su parte y en el de los demás según las cuotas. Está legitimado para ejercitar todas las acciones y recibir declaraciones y reclamaciones. Sin embargo, en la demanda no se le podrá exigir el pago de la totalidad de la indemnización. El asegurador que pague más puede repetir contra el resto.

También se regula el coaseguro comunitario – aseguradores con domicilios en diferentes estados, referidos a grandes riesgos.

- **DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN.**

El cálculo de la indemnización está predeterminado por el valor del interés asegurado, el importe del daño y la suma asegurada.

El valor del interés relevante es el inmediatamente precedente a la realización del siniestro. El de residuo – tras la realización del siniestro– también es importante, puesto que la determinación del daño será la diferencia entre ambos. En el caso de infraseguro se da una regla proporcional para calcularla, entre el valor de interés y el daño por un lado y la suma asegurada y la indemnización por otro. Esto suele ser cambiado por otra cláusula por la que el asegurador se compromete a abonar el total del daño hasta el límite de la suma asegurada.

El asegurado debe probar la preexistencia de los objetos asegurados, aunque el contenido de la póliza constituye una presunción a su favor. Si las partes no se ponen de acuerdo, cada una nombrará un perito y, si entre ellos tampoco lo hacen, el juez podrá nombrar otro. El dictamen final será inatacable tras un plazo, y deberá ser abonado en 5 días. Si es impugnado, el asegurador abonará el mínimo que debe pagar y se estará a la resolución judicial, que, de confirmarlo, producirá un incremento del 20 por 100 anual.

V. SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR.

Como efecto del pago de la indemnización, el asegurado se subroga en los derechos del asegurador frente al tercero causante del daño. Es una manifestación del principio indemnizatorio – contra el enriquecimiento injusto.

Presupuestos de la subrogación:

- 1.– Obligación de abonar la indemnización cumplida.
- 2.– Existencia de un crédito de resarcimiento del asegurado frente al tercero como consecuencia del daño que ha motivado la indemnización.
- 3.– Que el asegurado quiera dicha subrogación. No se produce, por tanto, automáticamente.

El tercero tiene las mismas excepciones que tendría frente al asegurado, que es responsable de los perjuicios de la subrogación.

La LCS limita la subrogación a los seguros de indemnización efectiva o contra daños en sentido estricto, no la extiende a los de personas.

VI. REFERENCIA A DISTINTOS TIPOS DE SEGUROS DE DAÑOS.

• Seguros de cosas.

Se agrupan los seguros en los que existe un interés sobre cosas. Se separan los tipos según el riesgo:

Seguro de incendios: el art. 45.1 LCS señala que en éste, el asegurador se obliga a indemnizar los daños producidos por un incendio en el objeto. Suele extenderse a otros riesgos complementarios: daños eléctricos, rayos, paralización del trabajo, e incluso responsabilidad civil. Son, entonces, seguros mixtos o combinados. Comprende los incendios producidos por caso fortuito o por dolo o mala fe de terceros.

Seguro contra el robo: el asegurador se obliga a indemnizar los daños de la sustracción ilegítima por parte de terceros de las cosas aseguradas. También comprende el hurto, no se ciñe al tipo penal. Ha de entenderse que el resarcimiento lo es también del lugar donde se encontrara la cosa. El art. 52 delimita el riesgo y el 53 el cumplimiento de la prestación. El asegurado ha de probar su preexistencia, pero cuenta con la presunción del contenido de la póliza.

Seguro de transporte: cubren una variedad de riesgos, pero se refieren a cosas en movimiento, a diferencia

de los anteriores. La LCS regula el seguro de transporte terrestre en su art. 54. Son objeto del seguro las cosas transportadas, el vehículo y otros objetos, tales como la ganancia que se deje de obtener o la responsabilidad civil. Tiene una disciplina particular según la clase de transporte. Si es marítimo o aéreo, primero se aplicarán las normas especiales. Si es un viaje con medios combinados y no puede determinarse el momento del siniestro, se aplicarán las normas del transporte que predomine.

- **Seguro de lucro cesante.**

El interés cubierto es la posibilidad esperada de un aumento patrimonial. El daño se produce al desaparecer esta posibilidad. Podrá celebrarse como contrato autónomo o añadirse como pacto a otro distinto. La Ley presta atención al de pérdida de beneficios por interrupción de la empresa. Parte de la doctrina consideraba que este seguro infringía el principio indemnizatorio.

- **Seguros de crédito.**

Seguro de crédito: el asegurado trata de cubrirse contra la pérdida definitiva de dicho crédito si se produce insolvencia del deudor. El riesgo es la insolvencia o imposibilidad de pagar del deudor. La cuantía de la indemnización será un porcentaje de la pérdida final más los gastos originados para el cobro. El art. 72 señala ciertas obligaciones para el asegurado.

Existe una regulación especial para el **seguro de crédito a la exportación**, para el supuesto de impago del importador extranjero.

Seguro de caución: el asegurador se obliga a indemnizar en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de ciertas obligaciones, al acreedor de éste. El tomador deberá rembolsar las cantidades. Es un seguro en el que el tomador siempre contrata por cuenta ajena: el acreedor-asegurado. Hay muchas subespecies.

La doctrina ha discutido que sea un verdadero contrato de seguro, finalizando la polémica con el reconocimiento expreso por la Ley. También se llama seguro-aval. La jurisprudencia ha declarado inaplicables los preceptos del contrato de fianza del CC.

- **Seguro de deudas.**

Tiende a protegerse contra el riesgo de que surja una deuda – disminución patrimonial– debida a hechos de naturaleza contractual o extracontractual.

Seguro de responsabilidad civil: importancia creciente. El asegurador se compromete a mantener indemne al asegurado cuando su patrimonio se ve gravado por el nacimiento de una deuda de la que es responsable. Puede ser contractual o extracontractual. Se regula en el art. 73 LCS. Se centra en el riesgo asegurado, que es el nacimiento de una obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios – deuda de resarcimiento puesto que es civilmente responsable por un hecho previsto en el contrato. Suele haber cláusulas que delimitan temporalmente la cobertura, según el momento en el que se efectúa la reclamación del tercero.

Hay que destacar:

1.– El tercero perjudicado tiene una **acción directa** contra el asegurador, según la LCS, que siguió la orientación doctrinal y jurisprudencial mayoritaria. La jurisprudencia también considera que asegurador y asegurado responden de forma solidaria. El asegurado no puede pedir que le abone la indemnización cuando no consta requerimiento ni reclamación formal. Además, responde por el importe de la suma asegurada, no más.

2.– La acción directa es **inmune a las que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado**. El

asegurador puede oponer la culpa exclusiva y excepciones personales contra el asegurado. En ciertos supuestos, podrá repetir, sin embargo, contra él.

3.– El asegurador asumirá la **dirección jurídica**. Si hay conflicto de intereses, optará el asegurado, pagando el asegurador.

4.– Para ciertas actividades es **obligatorio**.

Régimen especial del seguro de responsabilidad civil del automóvil: seguro obligatorio. Recogido en la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Líneas esenciales:

1.– El seguro cubre la responsabilidad del **conductor por los daños causados a personas o a cosas**, aunque con diverso régimen: si es a personas, la responsabilidad es cuasi objetiva, sólo puede exonerarse si prueba que los daños se debieron a la conducta o negligencia del perjudicado o a fuerza extraña; si es a bienes, responde conforme a las normas de responsabilidad extracontractual del CC. Si concurre negligencia de ambos, se moderará la responsabilidad y repartirá la cuantía de la indemnización. La propia Ley fija límites indemnizatorios para los daños y perjuicios causados a las personas. El sistema es llamado *de baremo* dio lugar a que se plantease una cuestión de constitucionalidad. Una STC de 2000 no lo consideró anticonstitucional, sólo anuló lo referente a factores de corrección.

2.– El propietario del vehículo ha de suscribir un contrato **obligatoriamente** que cubra la responsabilidad del art. 1 LCS. Si no, no podrá circular y tendrá multa administrativa como sanción. La conclusión del contrato tiene alguna especialidad.

3.– Comprende la cobertura de los daños por **hechos de la circulación**, con ciertas exclusiones. El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa por un año.

4.– El asegurador podrá **repetir** si se debiera a conducta dolosa, conducción bajo los efectos del alcohol, o incluso contra el tercero responsable, el tomador por causas del contrato, etc. También prescribe al año.

5.– El perjudicado tendrá **acción directa contra el Consorcio de Compensación de Seguros** cuando se deba a un conductor desconocido, vehículo no asegurado, entidad disuelta, etc...

Está prevista la transposición de la cuarta directiva europea sobre vehículos automóviles, para accidentes ocurridos fuera de su país de residencia en la UE.

Reaseguro: es la modalidad del seguro contra el nacimiento de una deuda en el patrimonio del asegurador como consecuencia de un contrato de seguro anterior. Se regula en el art. 77.1. El asegurador y el asegurado son aseguradores. Las normas del contrato tienen carácter dispositivo. Es un instrumento técnico para repartir los riesgos que han asumido de sus clientes. No crea ninguna relación entre el cliente del asegurador–reasegurado y el reasegurador. Suele haber cláusulas para que el asegurador primero no pague sin el consentimiento del reasegurador, como, por ejemplo, la cláusula de control, que tiene alcance interno, no para el asegurado. Hay varias clases de reaseguro: según la forma, puede ser simple (en relación a uno o varios contratos) o por tratados – de abono. El tratado de reaseguro señala los límites y las condiciones de los contratos que quedarán reasegurados.

Seguro de defensa jurídica: regulado por la LCS tras la Ley 21/1990. El asegurador se obliga a hacerse cargo de los gastos del asegurado como consecuencia de intervenir en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial o extrajudicial derivados. El asegurado elegirá libremente el procurador ya abogado. No se aplican en el caso de que el asegurador realice la defensa jurídica en los casos de responsabilidad civil ni la de otros supuestos.

24. EL CONTRATO DE SEGURO. SEGUROS DE PERSONAS

• CONSIDERACIONES GENERALES.

Se regulan en el Título III de la LCS: riesgos que afectan a su existencia, integridad corporal o salud – art. 80 LCS. Se alude a cualquier supuesto en el que el asegurado es contemplado como objeto del interés, como entidad sometida a riesgo. Si el contrato de seguro se hace con relación a un tercero, será preciso probar la presencia de un interés en su existencia o integridad. Es fácilmente presumible – familiar – en algunos casos, pero en otros necesitará el consentimiento del tercero.

El contrato ha de determinar la suma que ha de pagarse si se verifica el evento. La liquidación del siniestro se simplifica porque no hay que probar la existencia del daño – por eso son llamados seguros de sumas o de abstracta cobertura de necesidad. Existen excepciones.

Fundamentalmente, existen estas categorías: seguro de vida, de accidentes y de enfermedad y asistencia sanitaria.

• MODALIDADES DE CONTRATACIÓN: LOS SEGUROS DE GRUPO.

Tienen origen en la práctica americana. Con frecuencia se contratan por los empresarios, siendo asegurados los trabajadores para que tengan cierta cobertura complementaria a la de la Seguridad Social. Se caracteriza por las siguientes notas:

- 1.– Es un contrato **único** que produce como efecto el aseguramiento de un grupo de personas.
- 2.– Ha de referirse a riesgos relativos a un grupo de personas con **circunstancias objetivas comunes** para todos ellos.
- 3.– Se celebra **por cuenta ajena**, puesto que el tomador interviene en interés de las personas que forman parte del grupo.
- 4.– Da lugar a un **conjunto de relaciones aseguradoras** cuyo contenido se establece en la póliza.

El tomador ha de notificar las altas y bajas del grupo, con el consentimiento del miembro del grupo, que puede presumirse si existe interés. Deben recibir del asegurador la información que se establece en el Reglamento de la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados, mediante el boletín de adhesión, antes de la firma o durante la vigencia del contrato.

• AUSENCIA DE SUBROGACIÓN EN LOS SEGUROS DE PERSONAS.

En los seguros de personas, art. 82, se establece un principio general contrario a la facultad de que goza el asegurador, de ejercitar la acción que corresponda contra el tercero responsable al asegurado una vez pagada la indemnización. No opera el principio indemnizatorio tampoco, puesto que no se tiende a indemnizar efectivamente el daño producido, lo cual sería siempre relativo. Respecto a los gastos de **asistencia sanitaria** sí opera el principio de subrogación.

• SEGURO DE VIDA.

• Noción y clases.

Es el contrato en el que la prestación del asegurador consiste en el pago al asegurado o al beneficiario de una suma, una o varias veces, cuando se produzca un evento referido a la vida humana. Puede ser un capital o una renta y pueden existir varios riesgos complementarios. Si el contrato dura más de 6 meses, podrá resolverlo en

los quince días siguientes a la entrega de la póliza o documento. Deberá hacerse por escrito, cesando la cobertura del riesgo y devolviendo las cantidades correspondientes a periodos futuros.

Seguro para caso de muerte: para el caso de muerte del asegurado. Puede ser temporal, cuando la obligación se subordina a que la muerte suceda en determinado periodo de tiempo o de vida entera, para toda la vida del asegurado. Pueden ser, además, de una cabeza o de dos o más cabezas.

Se caracteriza por la necesidad de delimitar el riesgo. Se aplican las normas generales del deber de declaración del tomador – cuestionario con antecedentes familiares, edad, enfermedades, e incluso reconocimiento médico. El art. 89 señala que no se puede impugnar el contrato cuando haya transcurrido un año desde la fecha de su conclusión, salvo si ha habido dolo. Si la edad afecta a los límites y no ha habido una declaración exacta sobre ella, el asegurador podrá impugnar el contrato. Si no los sobrepasa, se mantiene en vigor pero con modificaciones en cuanto a la indemnización o a la prima.

En la póliza se han de indicar los supuestos de muerte excluidos, puesto que si no cubre todos. Cada vez existen menos, incluso el suicidio queda cubierto ahora.

Seguro para caso de vida: la obligación está condicionada a la supervivencia del asegurado en una fecha determinada – plazo o edad concreta. No es relevante la salud. El daño que se cubre es la existencia de determinados gastos en la vejez. Muchas combinaciones.

Seguros mixtos: el asegurador cubre alternativamente el riesgo de muerte y el de supervivencia – ha de abonar una suma tanto si fallece antes de una fecha como si vive. Ha de efectuarse necesariamente la prestación.

- **Elementos personales: el beneficiario.**

Pluralidad de elementos personales: surge la figura del beneficiario, distinta del tomador y del asegurado, al que corresponden los derechos que derivan del contrato. Además, el riesgo del contrato puede referirse a la vida de un individuo o de varios. Asegurado puede serlo cualquiera mayor de 14 no incapacitado. Puede contratarse sobre la vida de la misma persona o sobre la de un tercero – en interés propio o por cuenta de éste. El tomador del seguro es el contratante y asegurado el titular del interés sobre la que incide el riesgo, con su consentimiento a no ser que pueda presumirse. Si es menor se necesita la autorización de sus padres.

El beneficiario: persona con derecho a la indemnización pactada:

- ♦ **Designación:** sin que acepte, debe hacerla el tomador, que también puede modificarla. Puede hacerlo en la póliza, declaración posterior o testamento. Si no, se presume que lo es el tomador o sus herederos. La ley establece reglas cuando se ha designado de forma genérica: todos los descendientes con derecho a herencia cuando dice hijos, etc. Los beneficiarios herederos lo serán aun cuando renuncien a la herencia. Si se designa a favor de varios beneficiarios herederos, se hará en proporción a la cuota hereditaria, con derecho de acrecer. Si no, por partes iguales.
- ♦ **Revocación:** regla general es que el tomador puede revocarla en cualquier momento, pero del mismo modo que se hizo la designación. Puede renunciar a ella el tomador de forma expresa y por escrito, notificándose al asegurador y al beneficiario.
- ♦ **Posición jurídica del beneficiario:** derecho de crédito fortalecido, autónomo frente al asegurador. Primacía de este crédito sobre otro que naciera como consecuencia de la relación de otros acreedores con el tomador. Se verá reducido cuando el tomador se declare en quiebra o concurso, puesto que se podrá pedir una reducción en la prima.

- **Reducción y rescate de la póliza.**

Principio de equivalencia de prestaciones: si el contratante no puede o quiere continuar con la vigencia del contrato, tiene derecho a percibir una compensación por las primas pagadas que corresponden a riesgos futuros si figura en la póliza. Aparecen los valores de rescate y reducción de la póliza, sobre todo en los seguros de vida para el caso de muerte sobre la vida entera.

El rescate tiene lugar cuando el contrato se resuelve por voluntad del tomador, habiendo pagado dos anualidades. El asegurador le entregará una cantidad correspondiente al tiempo transcurrido, según la tabla de valores de la póliza.

La reducción implica una modificación del contrato, ya que el contratante se libera del pago de las primas futuras y el asegurador reduce la cuantía de su prestación según lo que correspondiese a la reserva matemática. También se produce cuando se dejan de ingresar las primas.

- **Anticipos sobre la póliza.**

El tomador puede obtener créditos sobre la base de la póliza por parte del asegurador en los contratos de seguro sobre vida entera para caso de muerte, según las condiciones de la póliza y cuando ha pagado al menos dos anualidades. Además, puede obtener crédito de un tercero puesto que la póliza puede ser objeto de prenda, para cualquier seguro de vida, siempre que no se haya designado irrevocablemente un beneficiario. El tomador deberá comunicar al asegurador la pignोरación.

- **SEGURO DE ACCIDENTES.**

- **Noción y régimen.**

Es el contrato que cubre al asegurado contra una lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a su intencionalidad que produce invalidez temporal o permanente o muerte. Si se provoca intencionadamente, el asegurador queda liberado. Se regula en arts. 100 y ss LCS.

Existe un seguro voluntario y otro obligatorio de accidentes de trabajo, con legislación especial.

- **El riesgo y el interés.**

El riesgo se centra en la lesión corporal, que ha de tener una causa y unas consecuencias determinadas. Se precisa una sucesión encadenada por una relación de causalidad entre causas y efectos. El interés se concentra en la relación económica existente entre el sujeto y su propio cuerpo considerado como un bien. El daño se produce en su propio cuerpo y en su capacidad productiva y de rédito. La dificultad de valorarlo hace que se señale una suma para el caso de invalidez total y muerte, para el caso de invalidez permanente, una cantidad fija para la invalidez temporal y una indemnización completa de gastos de asistencia médica si se realiza en los centros pactados y hasta el límite convenido.

Al ser un seguro de sumas, puede existir más de un seguro sobre un mismo interés. El tomador debe comunicar al asegurador de la celebración de otros contratos. Su incumplimiento sólo da lugar a una reclamación por daños y perjuicios.

- **SEGURO DE ENFERMEDAD Y DE ASISTENCIA SANITARIA.**

El seguro de enfermedad se recoge en el art. 105 LCS. El 106 lo distingue del de asistencia sanitaria, según la forma de la prestación del asegurador. En el primero, el asegurador se obliga a pagar ciertos gastos de asistencia sanitaria y farmacéutica. En el segundo, el asegurador se obliga a proporcionar la asistencia médica o quirúrgica, pero no a conceder indemnizaciones en metálico en sustitución. Sí se admite que se ofrezca el pago o la prestación directa de ciertas sumas por incapacidad temporal. Han de estar controladas administrativamente.

25. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y SUS EFECTOS.

- **CONSIDERACIONES GENERALES.**
- **Alusión a la evolución del Derecho concursal.**

Cuando el patrimonio del deudor es insuficiente para el pago de todos sus acreedores o se encuentra en estado de insolvencia, es necesario acudir al procedimiento concursal. Históricamente siempre ha sido un procedimiento de ejecución universal donde el interés particular de cada acreedor se sustituye por la ejecución colectiva en la que domina el interés común de todos. Se intenta buscar una comunidad de pérdidas y un trato de igualdad dentro de los acreedores – *par conditio creditorum*. Es un procedimiento especialmente riguroso y con una regulación histórica poco coherente.

En la fase tradicional se resolvía el conflicto ordenando la liquidación del remanente del patrimonio. Luego surgió el interés por la continuación de la empresa, mediante diversas modalidades que pretenden la conservación y el saneamiento de las empresas en crisis, a la vez que subsiste el procedimiento liquidatorio de la quiebra.

Las normas que lo regulaban estaban en varios cuerpos legales.

- **Promulgación de la Ley Concursal.**

Tras varias reformas, se ha promulgado la **Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal**, que modifica profundamente el régimen de crisis económica del empresario.

Se ha inspirado en los siguientes principios:

- 1.– **Unidad legal:** un mismo cuerpo legislativo regula los aspectos sustantivos y los procesales.
- 2.– **Unidad de disciplina:** respecto a todos los deudores, sean civiles o no, aunque hay disposiciones pensadas para el deudor insolvente empresario.
- 3.– **Unidad de procedimiento:** fase común que desemboca en dos soluciones distintas – convenio del deudor y acreedores o liquidación. Compatible con flexibilidad.

- **DECLARACIÓN DEL CONCURSO.**
- **Presupuestos de la declaración de concurso.**

Exige que un deudor común se encuentre en estado de insolvencia – no puede cumplir con sus obligaciones exigibles – concepto amplio, para adelantar la declaración de concurso en lo posible.

Si la solicita el deudor, el estado deberá ser actual o inminente, justificando su endeudamiento. Si la solicita el acreedor, deberá fundarla – art. 2.4– en un título por el que se haya despachado ejecución o apremio sin que el embargo resultase suficiente para el pago o en uno de estos hechos:

- ♦ sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones.
- ♦ embargos por ejecuciones pendientes que afectan de manera general al patrimonio del deudor.
- ♦ alzamiento o liquidación apresurada de sus bienes.
- ♦ incumplimiento generalizado de las obligaciones tributarias, de Seguridad Social o salarios y asimilados durante las 3 últimas mensualidades.

En el art. 5 se impone el deber al deudor de solicitar la declaración de concurso dentro de los 2 meses siguientes a la fecha en que hubiera debido conocer su estado de insolvencia. Se presume cuando han

transcurrido los 3 meses antes señalados. Así, ya no se hace necesaria la distinción entre concurso voluntario y necesario.

- **Solicitud de la declaración de concurso.**

Puede hacerla el deudor (voluntario, aunque la LCon impone el deber de declararlo), los acreedores u otras personas (necesario). El juez competente es el de lo mercantil del lugar donde el deudor tenga el centro de sus intereses principales. Puede instarse por los acreedores de un deudor o de varios si hay confusión de patrimonios o si hay identidad sustancial de sus miembros y unidad de toma de decisiones.

1. Solicitud del deudor: lo ya dicho con documentos del art. 6 LCon: generales – memoria expresiva de los 3 últimos años– y específicos para empresarios – cuentas anuales, informe de gestión o auditoría, memoria de cambios patrimoniales, identidad de sus socios, titulares, grupo, etc.

2. Solicitud de los acreedores y demás legitimados: por uno o varios. También los socios o miembros de la sociedad o persona jurídica. Deben expresar el carácter, la situación de sus créditos y documentos acreditativos, prueba de la que se valen.

- **La declaración de concurso.**

El juez la examina el mismo día o siguiente y resuelve por Auto si la admite. Si considera acreditada la insolvencia, declarará el concurso de acreedores. Si la presenta alguien distinto del deudor, antes la admitirá a trámite, resolverá sobre las medidas cautelares, la oposición del deudor y luego dictará el Auto. Éste tendrá el contenido del art. 21 LCon, abriendo la fase de tramitación del concurso, con efectos inmediatos. El auto se notificará a las partes, se notificará individualmente a los acreedores e inscribirá en el Registro Mercantil. Puede solicitarse la acumulación de procedimientos diferentes abiertos a una persona jurídica y a sus socios o miembros ante el juzgado que conozca de aquél.

- **DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.**

Reducción de los órganos: juez con papel relevante y administración concursal, con funciones de auxilio al Juez y otras importantes.

- **Estructura del órgano de administración concursal.**

Generalmente son un órgano colegiado formado por un abogado en ejercicio de al menos 5 años, un auditor de cuentas, economista, diplomado en ciencias empresariales con 5 años de ejercicio y un acreedor persona natural o jurídica. La propuesta del profesional segundo la hará la CNMV si es una entidad que emite valores cotizados en bolsa, sociedad o agencia de valores, empresa de servicios de inversión. Si es una entidad de crédito, los dos primeros los nombrará el Juez a propuesta del Fondo de Garantía y si es una entidad aseguradora, del Consorcio de Compensación de Seguros. Estas entidades serán la representación de los acreedores, además.

En el procedimiento abreviado, puede haber sólo un administrador. La LCon contiene normas para garantizar su independencia. Si es muy complejo, la administración concursal podrá solicitar al juez poder delegar en auxiliares, con las mismas incompatibilidades.

- **Funciones de los administradores del concurso.**

Funciones variadas respecto a propuestas y gestión del patrimonio:

1.– Informe sobre la administración concursal: datos y circunstancias del deudor, su contabilidad, etc. Debe

acompañarse del inventario de la masa activa, de la lista de acreedores y de las valoraciones de las propuestas de convenio. Participan en la fase de convenio y en la de la liquidación.

2.- Distintas facultades respecto administración y disposición del patrimonio del deudor. Si es voluntario, han de intervenir con su autorización y consentimiento, pero el deudor mantiene esas facultades. Si es necesario, las tienen los administradores. El juez puede variarlo.

- **Ejercicio del cargo y responsabilidad de los administradores concursales.**

Deber de diligencia similar a los de las sociedades de capitales. Actuarán de forma colegiada, aunque pueden proponer la atribución de competencias específicas. Si falta uno, los dos restantes actúan mancomunadamente. Si no, decide el Juez. Siempre supervisa éste la administración y puede requerir información en cualquier momento. Responden los administradores, sin embargo, solidariamente de los daños y perjuicios por actos contrarios a LCon o los poco diligentes. Pueden exonerarse al demostrar que no participaron o intentaron evitarlo.

- **EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE EL DEUDOR.**
- **Respecto a las facultades del deudor y el ejercicio de su actividad empresarial.**

En principio, no pierde todas sus facultades de administración y disposición. Depende de si es voluntario o no. No interrumpe la continuación de la actividad empresarial. La administración acordará qué actos puede seguir realizando – imprescindibles para la continuación. El juez podrá acordar el cierre de todos o algunos establecimientos.

Si el deudor queda suspendido de esas facultades, el juez puede limitar otros derechos fundamentales: correspondencia, residencia, etc. Debe comparecer personalmente ante el Juzgado y la administración concursal cuando le requieran y poner a su disposición la documentación y contabilidad. Subsiste la obligación formal de presentar las cuentas anuales.

- **Efectos sobre el deudor persona jurídica.**

Normalmente será mercantil. No implica la destitución de los administradores, sobre todo si la sociedad conserva la facultad de administrar su patrimonio. Si se abre la liquidación, cesarán sus administradores. Si el concurso es culpable o los bienes insuficientes, el Juez podrá embargar bienes de los administradores. Si algún acto genera acción de responsabilidad, no sólo podrán llevarse a cabo mediante el régimen general, sino también directamente por los administradores judiciales, que, además, pueden exigir a los socios el pago de las aportaciones pendientes.

- **EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LOS ACREEDORES.**

Se concentran en un solo procedimiento las reclamaciones de todos los acreedores, por lo que se produce la suspensión de las acciones individuales hasta la firmeza de la sentencia.

- **Efectos sobre los procedimientos individuales.**

La declaración de concurso incide en los procedimientos que quieran iniciar los acreedores, los ya iniciados pendientes de sentencia firme y sobre la ejecución.

1.- Si se interpone demanda ante Juez civil o social, deberá abstenerse, so pena de nulidad de sus actuaciones, y advertir a las partes que la ejerciten ante el del concurso. Si es ante lo contencioso administrativo o penal con trascendencia para su patrimonio, se emplaza y tiene como parte a la administración concursal.

2.- Si hay pendientes juicios declarativos, se continúan hasta la firmeza de la sentencia. Si está en primera instancia, podrá acumularse al concursal, si es competente el otro juez y tiene trascendencia.

3.- Sentencias firmes dictadas antes o tras la declaración vinculan al Juez, pero no puede iniciarse su ejecución.

4.- Los laudos firmes también vinculan, pero la administración puede impugnar los convenios arbitrales fraudulentos.

- **Procedimientos sobre créditos con garantía real.**

Tienen tratamiento privilegiado según la LCon. Pueden ejecutarse separadamente, aunque, si son bienes afectos a su actividad empresarial, no podrán iniciarla hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de ese derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso. Las actuaciones iniciadas antes se suspenderán, salvo que estén publicados los anuncios de subasta.

- **Efectos sobre los créditos en particular.**

La declaración produce efectos sobre los créditos frente al deudor. No procede la compensación de créditos y deudas (sí para la anterior), ni el devengo de intereses legales o convencionales, excepto los que tengan garantía real y los salarios (interés legal del dinero) y la declaración interrumpe la prescripción de las acciones contra el deudor.

- **EFFECTOS SOBRE LOS CONTRATOS**

- **Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas.**

Los contratos de este tipo pendientes de cumplimiento no se ven afectados en principio. Si está obligado a ciertas prestaciones, se consideran deudas de la masa, no sometidas a la solución del concurso. Podrá la administración, sin embargo, solicitar la resolución al Juez del contrato. Las cláusulas que establezcan lo contrario se entenderán no puestas. En caso de que pretenda resolver el contrato por incumplimiento de una parte se hará ante el juez del concurso, que decidirá. Si en el contrato ha habido cumplimiento sólo por una parte, la deuda o el crédito se integrará en la masa activa o pasiva del concurso.

- **Incidencia sobre los contratos de trabajo.**

Se parte del principio de mantenimiento en vigor de los contratos. La administración concursal, el deudor o los representantes legales de los trabajadores pueden solicitar al juez la modificación, extinción o suspensión de los contratos. Se regula en el art. 64 LCon, siendo subsidiaria la regulación laboral.

La administración concursal podrá suspender o extinguir los contratos de alta dirección por su iniciativa propia o la del deudor. La indemnización será modulada por el Juez. Podrá aplazarse hasta saber si la sentencia lo califica como fortuito o culpable.

- **Otros efectos.**

Los contratos administrativos celebrados con las Administraciones Públicas se regirán por su legislación especial.

La administración concursal puede rehabilitar los contratos de préstamo o crédito con vencimiento anticipado por impago de 3 cuotas anteriores a la declaración. También podrá rehabilitar los contratos de adquisición de bienes a precio aplazado y enervar el desahucio en arrendamientos urbanos.

- **EFFECTOS SOBRE LOS ACTOS PERJUDICIALES PARA LA MASA ACTIVA.**

- **Reintegración de la masa: cambio respecto al sistema anterior.**

Las normas del CCom partían de una fuerte desconfianza a la actuación del quebrado en el tiempo precedente de la quiebra – tiempo sospechoso. La LCon ha abandonado el sistema de retroacción para limitar los efectos perjudiciales para la masa activa mediante acciones de reintegración – rescisorias.

- **Actos rescindibles.**

Son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados en los 2 años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no haya habido intención fraudulenta. La LCon se fija en el hecho del perjuicio a los acreedores y distingue:

- 1.– Se presume el perjuicio, sin prueba en contrario, para actos de disposición gratuitos, salvo liberalidades de uso y pagos de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración.
- 2.– Se presume, salvo prueba en contrario, en las disposiciones a título oneroso realizadas a favor de una persona relacionada con el concursado o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o nuevas en su sustitución.
- 3.– Si no, el perjuicio patrimonial deberá probarse por quien ejercite la acción.

Además, la LCon establece que no se podrán ejercitar estas acciones sobre actos comprendidos en la normativa del mercado de valores o realizados en la actividad empresarial en condiciones normales y que su ejercicio no impide el de otras acciones de impugnación.

- **Procedimiento y efectos.**

Ante el juez del concurso por el cauce del incidente. Están legitimados para su ejercicio la administración concursal y los acreedores tras dos meses de inactividad del anterior. Han de dirigirse contra el deudor y demás partes del acto.

El efecto esencial de la sentencia será la declaración de ineficacia del acto y condenará a la restitución de las prestaciones.

26. LA DETERMINACIÓN DE LAS MASAS ACTIVA Y PASIVA.

- **INTRODUCCIÓN.**

El informe que debe redactar la administración concursal ha de hacerse en dos meses desde su aceptación, aunque puede ampliarse este plazo. Si no, perderán su derecho a retribución y devolverán lo percibido.

- **DETERMINACIÓN DE LA MASA ACTIVA.**

- **Noción de masa activa.**

Simplificación en la LCon, que la define en su art. 76.1 bajo el principio de universalidad. Son bienes o derechos de carácter patrimonial. Se exceptúan los legalmente inembargables y los buques o aeronaves separados por los titulares con créditos privilegiados según la legislación específica.

- **Normas sobre los bienes conyugales cuando el concursado sea empresario casado.**

La LCon parte de la delimitación de los bienes que han de formar parte de la masa activa – art. 77: bienes

privativos. El art. **6 y ss CCom** prevé la extensión del empresario casado de la responsabilidad más allá de los bienes propios y es recogido por la LCon. Si se pide la inclusión de bienes gananciales o comunes, podrá el cónyuge pedir la disolución de la sociedad o comunidad.

La LCon presume la existencia de donaciones cuando está casado en régimen de separación de bienes y no hay separación. Se incluirá en la masa activa: se presume, salvo pacto en contrario, que el concursado donó a su cónyuge la contraprestación para adquirir bienes a título oneroso cuando proceda de su patrimonio. Si no puede probarse la procedencia de la contraprestación, se presume que la mitad fue donada si la adquisición se produjo durante el año anterior a la declaración del concurso.

Los bienes adquiridos por ambos con pacto de sobrevivencia se integran en la masa activa por mitad si se encuentran en régimen de separación de bienes. Puede adquirirlo el otro cónyuge si aporta la mitad de su valor.

- **Separación de bienes de la masa activa.**

La LCon ha optado, para simplificar el régimen anterior, por partir del principio de separación de los bienes que no pertenezcan al concursado en el art. 80. Si han sido enajenados por el deudor antes de la declaración a un tercero al que no pueden reivindicárselos, puede exigirse la cesión del derecho a recibir la contraprestación de la enajenación si aún no se ha realizado o puede comunicarse a la administración concursal la existencia del crédito más el interés legal – será crédito ordinario.

- **Formación del inventario de la masa activa.**

La administración lo formará brevemente, con ayuda de expertos designados por el juez. Se detalla en el art. 82 – relación completa de los bienes, su naturaleza, características, lugar y datos, así como la fecha del inventario. También deberá haber una valoración de dichos bienes, sobre su valor de mercado y descontando sus trabas, cargas, etc. Además, junto al inventario, se relacionarán las acciones que pueden promoverse para reintegrar la masa.

- **DETERMINACIÓN DE LA MASA PASIVA.**

- **La distinción entre créditos concursales y créditos contra la masa.**

La LCon distingue créditos contra el deudor común o concursales y créditos contra la masa:

1.– **Créditos concursales:** dominados por el principio de universalidad – todos los acreedores a la fecha de la solicitud del concurso de la lista de acreedores del informe de la administración concursal. Excluye los del cónyuge si rigen gananciales u otra comunidad. Todos se convocan a la junta de acreedores en la fase de convenio y participan en la fase de liquidación.

2.– **Créditos contra la masa:** más que antes. En el art. 84.2 se enumeran. Por ejemplo, obligaciones de la administración concursal, gastos y costas, alimentos del deudor, etc.

- **Comunicación de los créditos y su reconocimiento.**

En la declaración del concurso, el juez llama a los acreedores para que den a conocer a la administración concursal la existencia de sus créditos. Se da amplia publicidad – art. 23. Se comunica por escrito, identificándose y con las características del crédito, además de los documentos. Si hay concurso simultáneo de deudores solidarios, se dirá que se ha comunicado el crédito. La administración decidirá si se incluye el crédito o no. También tendrá en cuenta los que resulten de los libros y documentos del deudor. El art. 86 señala los que deben incluirse necesariamente y en el 87 se detallan supuestos especiales de reconocimiento de créditos.

Todos se computarán en dinero, en moneda de curso legal

- **Clasificación de los créditos concursales.**

Innovación importante, puesto que considera el principio de igualdad como regla general. Distingue créditos privilegiados (con privilegio especial o general), ordinarios o subordinados.

- **Créditos privilegiados.**

Los créditos de privilegio especial se abonan antes que los de privilegio general.

Créditos con privilegio especial: se enumeran en el art. 90.1 LCon, afectándose a determinados bienes o derechos. Son objeto de pago mediante la ejecución separada de dichos bienes o derechos afectos. La garantía ha de haber sido constituida de acuerdo con su legislación específica para su oponibilidad a terceros. Son los siguientes:

- ◆ Hipoteca o prenda sin desplazamiento.
- ◆ Anticresis.
- ◆ Refaccionarios.
- ◆ Créditos por cuotas de arrendamiento financiero o *leasing* o compraventa a plazos de bienes muebles o inmuebles.
- ◆ Créditos con garantía de valores representados por anotaciones en cuenta.
- ◆ Prenda constituida en documento público.

Créditos con privilegio general: más reducidos que antes, aunque aún hay demasiados (Estado y organismos públicos como acreedores privilegiados, a pesar de que en la mayoría de la UE se ha renunciado ya a esto). Se reconocen en el art. 91:

- ◆ Salarios sin privilegio especial.
- ◆ Retenciones tributarias y de Seguridad Social.
- ◆ Trabajo personal no dependiente.
- ◆ 50% de créditos tributarios y demás de Derecho público.
- ◆ Responsabilidad extracontractual.
- ◆ 25% de créditos del acreedor que solicitó la declaración.

- **Los créditos subordinados.**

El criterio de calificación es objetivo, no depende de la conducta del deudor. Se encuentran en el art. 92:

- ◆ Créditos comunicados tardíamente.
- ◆ Por contrato son subordinados.
- ◆ Intereses de cualquier clase.
- ◆ Multas y sanciones pecuniarias.
- ◆ Cuyo titular es una persona relacionada con el deudor.
- ◆ A favor de una persona que según la sentencia ha actuado de mala fe en un contrato rescindido por una acción de reintegración.

- **Formación de la lista de acreedores.**

La administración concursal redacta una lista de acreedores, con los incluidos y los excluidos.

- **PUBLICIDAD E IMPUGNACIÓN DEL INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.**

- **Publicidad.**

El informe de la administración concursal se presenta al Juez, junto con su documentación complementaria. Se publica en el Juzgado. Han de comunicárselo personalmente a los acreedores excluidos o a los que se han incluido por una cantidad inferior o calificación distinta. Disponen de 10 días para reclamar.

Además, se anuncia en el B.O.E. y en el diario de mayor tirada de la provincia donde estén los principales intereses del deudor. El juez, de oficio o a instancia del interesado, podrá acordar otra publicidad.

- **Impugnación del inventario y de la lista de acreedores.**

A los 10 días de la notificación o última publicación, cualquier interesado podrá impugnar el inventario – para solicitar la inclusión o exclusión de bienes o derechos o el aumento o disminución de la valoración de los incluidos – o la lista de acreedores – inclusión o exclusión de créditos, su cuantía o clasificación.

La falta de impugnación impedirá que luego puedan plantearse cuestiones para modificar el contenido de estos documentos, aunque sí podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el Juez al resolver otras impugnaciones.

27. SOLUCIONES DEL CONCURSO Y TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

- **SOLUCIONES DEL CONCURSO.**

La LCon prevé como soluciones la celebración de un convenio o la liquidación del patrimonio del deudor. La preferida es la primera – solución normal.

El deudor puede optar, aunque si sabe de la imposibilidad de cumplir los pagos y obligaciones debe solicitar la liquidación.

- **DEL CONVENIO.**

- **Apertura de la fase del convenio.**

El Juez dicta un Auto declarando la apertura de la fase de convenio y convoca la Junta de acreedores. Su anuncio se hace con la amplia publicidad del art. 23 LCon. El auto se notificará al concursado, administración concursal y todas las demás partes personadas, con lugar, día – 15 días al menos, hora.

- **Presentación y admisión a trámite de la propuesta de convenio.**

La propuesta puede hacerse tras el plazo para la comunicación de los créditos hasta que se pongan de manifiesto en la Secretaría del Juzgado. También pueden hacerla los acreedores que superen el 20% del pasivo. Si no, desde la convocatoria de la Junta hasta 40 días después.

Necesita ciertos presupuestos formales, no puede ser condicional, pero sí contener una proposición de quita (sin superar el 50%) y espera (sin superar los 5 años). Se prohíben las antes frecuentes cesiones de bienes y derechos en pago o para pago de los créditos. Sí se permite la transmisión de la empresa a un tercero, junto con un plan de viabilidad.

El juez la admite si cumple los requisitos o avisa de que existen defectos. Esta providencia también acordará dar traslado del convenio a la administración concursal para que lo evalúe.

- **Junta de acreedores.**

Se constituye en el momento indicado, presidida por el Juez y con el Secretario Judicial como secretario. Tienen derecho a asistir los acreedores que figuren en la lista (si no puede apreciarse dolo o culpa grave para calificar el concurso). Tienen el deber de asistir los miembros de la administración concursal. Se constituye cuando acuden al menos acreedores por la mitad del pasivo.

Los acreedores solicitarán aclaraciones de la propuesta del convenio o del informe de la administración. Tienen derecho de voto los acreedores ordinarios, no los subordinados, ni los que tuvieran crédito ordinario adquirido tras la declaración de concurso, con excepciones, ni los privilegiados, salvo que voten a favor de la propuesta aceptada.

Primero se vota sobre la propuesta del concursado. Si no se aprueba, sobre la de los acreedores, por el orden de las cuantías de sus créditos. Se necesita al menos la mitad del pasivo para aprobarla. El Secretario extenderá y leerá un acta, que será firmada por todos.

- **Aprobación judicial del convenio.**

Los acreedores no asistentes o los que votaran en contra, pueden oponerse a la aprobación del convenio, fundándose en la infracción de las normas de la ley. El Juez resuelve por sentencia. Si la estima, se convoca una nueva Junta. Si no, se aprueba el convenio.

- **Efectos del convenio.**

Adquiere plena eficacia desde la fecha de su aprobación.

Alcance de la eficacia del convenio: cesan en su cargo los administradores concursales. Vincula al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados respecto de los créditos anteriores a la declaración de concurso. Los privilegiados, sólo si hubiesen votado a favor.

No afectará a los obligados solidarios, avalistas o fiadores del concursado, sino que se regirán por las normas que les sean de aplicación.

El contenido del convenio tendrá eficacia novatoria con relación a los créditos de los acreedores ordinarios, subordinados y privilegiados que votaran a favor. Quedarán extinguidos por lo que corresponda a la quita y aplazados por el tiempo de espera.

Cumplimiento del convenio: podrá establecerse en él medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor. Cada 6 meses el deudor informará al Juez de su cumplimiento. Cuando el concursado considere que se ha llevado a cabo íntegramente, presentará al Juez el informe correspondiente con su justificación y solicitará la declaración de cumplimiento.

- **RÉGIMEN ESPECIAL DE LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO.**
- **Presentación de la propuesta anticipada de convenio.**

Sólo para deudores que no hubieran estado condenados por ciertos delitos económicos, que hayan depositado las cuentas anuales, que no se hayan visto sometidos a concurso en los tres años anteriores ni hayan realizado los actos que se enumeran en la Ley y que no hayan incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso. Podrá hacerlo desde la solicitud del concurso voluntario o declaración del necesario, presentando una propuesta anticipada de convenio, donde se preverá la continuidad de su actividad empresarial, con los recursos necesarios e irá acompañada de un plan de viabilidad, pudiendo solicitar, además, que la quita y espera sean superiores a la norma general.

- **Admisión a trámite de la propuesta.**

La propuesta ha de ir acompañada de las adhesiones de acreedores ordinarios y privilegiados que representen más del 20% del pasivo. El Juez resuelve sobre su admisión a trámite. Luego, la administración concursal la examinará. Si la considera favorable, la une al informe. Si no, puede excluirse o tramitarse con el informe, según decida el juez.

- **Adhesiones de acreedores y aprobación judicial del convenio.**

Cualquier acreedor puede adherirse desde la admisión a trámite hasta que finalice el plazo de impugnación del inventario y lista de acreedores. Tras él, el juez verifica si alcanzan la mayoría y, sin la apertura de la fase de convenio, dicta sentencia en la que aprueba el convenio, con los efectos generales. Si no alcanzan la mayoría, se dicta auto abriendo la fase de convenio o liquidación.

- **DE LA LIQUIDACIÓN.**

- **Apertura de la fase de liquidación.**

A petición del deudor, del acreedor o de oficio por el Juez – arts. 142–144.

Deudor: puede pedirla voluntariamente en la solicitud de concurso voluntario, tras dictarse auto de declaración de concurso, tras la presentación de la propuesta de convenio por los acreedores. DEBE hacerlo cuando sepa que resultará imposible cumplir los pagos y las obligaciones.

Acreedor: cualquiera durante la vigencia del convenio si acredita la existencia de un hecho que de los del art. 2.4 LCon.

De oficio por el juez: si el deudor no ha presentado ninguna propuesta de convenio, la junta no ha aceptado ninguno o se ha declarado nulo por el juez y si se ha declarado judicialmente el incumplimiento del convenio.

La resolución judicial que declare la apertura de la liquidación se publicará de acuerdo con la LCon.

- **Efectos de la liquidación.**

El concursado queda suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición de su patrimonio. Si hubiesen cesado los administradores, serán repuestos o se pondrán otros. Si es persona natural, cesará su derecho a alimentos de la masa activa. Si fuese persona jurídica, se disolverá y cesarán los administradores, que se sustituirán por los concursales.

Vencen anticipadamente los créditos concursales aplazados y se convierten en dinero los que consistan en otras prestaciones.

- **Realización de la liquidación.**

Pretende dar rapidez, por lo que si al año no se ha terminado, cualquier interesado puede pedir la remoción de los administradores.

En 15 días desde la apertura, los administradores deben presentar al Juez un plan para la realización de todos los bienes y derechos. Deberá contemplar, siempre que se pueda, la enajenación unitaria del conjunto de la empresa. Se pone de manifiesto en el Juzgado, además de la publicidad que el Juez considere necesaria. Podrán hacerse sugerencias por parte de los acreedores, el deudor y los trabajadores. El juez resolverá mediante Auto sobre su aprobación y modificaciones.

Pueden enajenarse bienes o derechos litigiosos, aunque el adquirente queda a resultas del litigio. Los administradores no pueden adquirir bienes que integren la masa activa. Deben presentar un informe al juez

cada 3 meses.

- **Pago a los acreedores.**

Normas generales:

- 1.– Primero, los créditos de la administración concursal contra la masa activa.
- 2.– Créditos con privilegio especial: realización del bien afecto, por orden de prioridad temporal, según su legislación específica. Si sobra, para los demás.
- 3.– Créditos con privilegio general, según el orden del art. 91.
- 4.– Créditos ordinarios: si no hay suficiente, a prorrata. La administración concursal lo hará en función de la liquidez.
- 5.– Créditos subordinados.

- **CALIFICACIÓN DEL CONCURSO.**

- **Calificación del concurso.**

La LCon ha mantenido la independencia de la calificación del concurso de los jueces o tribunales del orden penal. El juez del concurso puede imponer sanciones civiles.

Sólo se inicia en los procedimientos en los que en la fase de convenio se establece una quita superior a 1/3 de sus créditos o una espera de más de 3 años para ciertos o todos los acreedores.

Se califica como **fortuito** o **culpable**. Se inicia por resolución judicial. Intervienen la administración concursal y el Ministerio Fiscal, una vez personados los interesados. Concluye con una sentencia que declara de un modo u otro el concurso. Será culpable si el estado de insolvencia es consecuencia o se ha visto agravado por dolo o culpa grave del deudor – 164 LCon. Establece ciertos supuestos. El 165 enuncia, salvo prueba en contrario, ciertas presunciones de dolo o culpa grave.

- **Efectos de la declaración de concurso culpable.**

Se determinarán en la sentencia que lo declare. En el art. 172 LCon:

- ◆ Personas afectadas, cómplices.
- ◆ Inhabilitación de las anteriores, prohibición para administrar bienes ajenos, representar o administrar de 2 a 15 años.
- ◆ Pérdida de cualquier derecho como acreedores de la masa y condena a devolver.
- ◆ Si son sociedades, condena a los administradores o liquidadores a pagar a los acreedores la parte de sus créditos que no perciban de la masa activa.

La LCon extiende la calificación del concurso a los casos en los que se adopten medidas administrativas que liquiden una sociedad y excluyan la declaración del concurso.

VI. CONCLUSIÓN DEL CONCURSO.

En el art. 176 se regulan los supuestos en los que procede la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones – revocación del auto que declara el concurso, cumplimiento del convenio, pago de todos los créditos, etc.

Cesan las limitaciones de la facultades de administrar y disponer, salvo las recogidas en la sentencia de calificación del concurso. Si se debe a insuficiencia de bienes y derechos para pagar, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Podrá reabrirse el concurso.