

TEMA 1.

LA TEORIA GENERAL DE LOS TITULOS-VALORES I

• INTRODUCCION

La teoría del título-valor es una construcción dogmática de la doctrina que nace a finales del siglo XII y principios del XIII cuando la clase comercial, ante la ineficacia del Derecho Romano, procede a crear instituciones que darán lugar a la Lex mercatoria y., dentro de estas instituciones se crea una de las más importantes que es la que ahora llamamos título-valor. Se crea esta institución porque los comerciantes necesitaban movilizar sus créditos ya que esa movilidad es una necesidad del comercio, algo que el Derecho Romano no permitía, no se ajustaba a la facilidad de transmisión de los créditos, ya que el derecho romano se basaba en el concepto individual de las partes, por lo que no prevé la posibilidad de que se modifiquen las posiciones de acreedor y deudor y, por ello es muy difícil transmitir los créditos. Esta relación crediticia en Derecho común exige siempre la presencia de una causa, cuando si lo que queremos es transmitir los créditos con facilidad, no queremos que haya causa, por eso los romano ya hablaban de las causas indiscretas. La eliminación de la causa o la causa indiscreta facilita la transmisión del derecho de crédito.

Por otro lado el derecho civil romano no hace ninguna previsión de que en caso de transmisión de los créditos, el transmitente (antiguo acreedor) responda del cumplimiento de la obligación por parte de su deudor y es así porque en derecho civil las transmisiones son siempre sin garantizar la solvencia del deudor, son prosolutas, mientras que en Derecho Mercantil se procurará que la transmisión crediticia se haga garantizando la solvencia del deudor, lo cual supone que si el deudor no paga, el acreedor se compromete a pagar.

Pues bien, esto es lo que empiezan a hacer en las ciudades italianas porque les interesaba para su negocio.

La transmisión se mejorará aun más si cuando cedemos un crédito esa transmisión se hace de manera autónoma, es decir, transmitiendo un derecho originario y no derivado. En derecho civil la transmisión se hace siempre transmitiendo el derecho con los mismos principios que tenía en la relación inicial el acreedor con el deudor, por lo que lo que se produce es una derivación y, por esta razón el deudor que hemos cedido le puede oponer al nuevo acreedor todas las excepciones que le podía oponer al anterior titular

En el Derecho Mercantil la transmisión va a ser autónoma, se va a transmitir un derecho originario, sin que se puedan utilizar las excepciones que habría contra el anterior titular.

Por todo esto se ve que las instituciones que crea el derecho romano no están pensadas para la transmisión de los créditos, algo que si recoge el Derecho Mercantil, porque lo que éste quiere es que los créditos se transmitan rápido.

La movilización de los créditos se realiza:

- Facilitando la circulación, creando documentos que circulen bien.
- Intentando que cada transmisión del derecho se realice con las menores excepciones procesales.
- Intentando que el que transmita el crédito, garantice la solvencia del deudor.
- Dotando de gran rigurosidad procesal a los documentos que se van a crear.
- Tratando de eliminar, en lo posible, la causa que ha motivado la obligación, por ello se trata de documentos abstractos donde no aparece la causa.
- Evitando que el documento señale el contenido del derecho, de forma que lo que pueda exigir sea estrictamente lo que aparece en el documento.

• CONCEPTO Y CARACTERIZACION.

A) LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO AL TÍTULO.

La incorporación del derecho al título es la característica más importante del título–valor e implica la eliminación de la causa (origen del crédito)y la incorporación del derecho a un título, es decir, a un documento o lo que es lo mismo a un papel.

La intención de esta incorporación es que la circulación o transmisión de ese derecho a partir de ese momento se va a efectuar mediante la transmisión del documento.

La obligación causal (la obligación que depende de la causa por la que se ha dado ese documento) se ve postergada por una obligación exclusivamente documental o cartacia y esa obligación tiene su vida exclusivamente en ese documento.

Esa postergación de la obligación causal se ve ya reflejada en el Código Civil y básicamente en el artículo 1170 cuando dice la entrega de pagarés a la orden, letras de cambio o de otros documentos mercantiles solo tendrá efectos de pago cuando este pago efectivamente se realice o, cuando se perjudiquen por culpa del acreedor; entretanto la acción procedente de la obligación primitiva queda en suspenso esta última frase está indicando que cuando los interesados utilicen, para formalizar un determinado derecho de crédito, la vía de un título valor, la obligación de carácter causal (la primitiva) se ve postergada, suspendida por una obligación que nace exclusivamente en ese título valor, ya que la obligación documental se circunscribe a la cantidad que viene reflejada en el documento y a los plazos que pone en él para pagar. La obligación causal queda suspendida hasta que la obligación documental bien se pague o que por culpa del acreedor no se pueda cobrar (por prescripción, pérdida del documento...) si esto ocurre es cuando surgirá la obligación primitiva.

La incorporación del derecho a un documento va a provocar dos consecuencias inmediatas muy importantes:

B. LA FUNCION LEGITIMADORA.

El ejercicio de un derecho le está permitido a quien de acuerdo con el ordenamiento jurídico tiene la potestad de dicho ejercicio. Esta legitimación en los títulos valores más perfectos, en los que la incorporación al título es más absoluta y no aparece ninguna causa, se va a efectuar de la misma manera que ocurre con los bienes muebles en el derecho civil, donde el artículo 464 establece que la posesión de buena fe equivale al título, por ello en los títulos valores más perfectos se legitimará al poseedor del documento, es decir, a quien lo posee.

El Derecho Mercantil por razones de mera oportunidad permite que en los títulos al portador la posesión del título de buena fe es suficiente legitimación, además es suficiente no solo para el ejercicio del derecho, sino que también es suficiente para proceder el deudor al cumplimiento de la obligación, por tanto esta función legitimadora tiene un lado activo y uno pasivo:

- Lado activo: la facilidad que se le da al poseedor del título para que ejercite su derecho, exonerándole de demostrar que es realmente el titular del derecho que esta incorporado en el título
- Lado pasivo: el deudor paga a la persona que según el título está legitimada, quedando liberado de su obligación, ya que el deudor no tiene porque hacer indagaciones para saber si a quien está pagando es el verdadero legitimado. Este efecto solo se produce si el deudor ha obrado de buena fe, de forma que si el deudor conoce que el poseedor del título lo ha obtenido de una forma ilegítima, no quedará liberado si paga a esa persona.

No obstante esta legitimación es más formalista en muchos otros títulos valores, es decir,, dependiendo de la distinta clasificación de los mismos habrá determinados derechos que solo se puedan ejercitar de acuerdo con ciertas formalidades, p.e. una acción nominativa exige que el título esté inscrito en el registro de ese tipo de

acciones y si esa acción se vende y no se inscribe no tiene valor. Igual ocurre en los títulos a la orden donde hay que proceder a transmitir el título mediante endoso.

C) LITERALIDAD

Si procedemos a incorporar el derecho a un documento eliminando absolutamente la causa, nos encontramos con que el contenido del citado derecho se circunscribe exclusivamente a lo que en el antedicho documento aparezca, con ello facilitamos tanto la circulación como el ejercicio del derecho. No obstante hay títulos en los que es imposible respetar la literalidad.

D) AUTONOMIA.

Esta consecuencia supone que cada transmisión que se haga del título valor se efectuará de tal manera que el adquirente de ese título recibe el derecho (a cobrar), originariamente, como un derecho propio, y no derivado, con lo cual el nuevo titular no puede ser atacado por aquellas excepciones procesales que tuviere el deudor contra el antiguo o antiguos titulares.

Esta transmisión autónoma va a permitir que cuando exijamos el cumplimiento del derecho el nuevo titular, actual legitimado para ejercer el derecho, no se vea atacado por supuestos que no sean los derivados de la relación directa con el deudor; ya alude a esto el Código Civil cuando habla del instituto de la compensación, al expresar en el 1198 que cuando el deudor cedido conviene la cesión no puede compensar al cesionario. En los títulos valores ese consentimiento en la cesión está in sito en la creación de los mismos.

Ese título que se transmite autónomamente va a variar según sea un título causal o abstracto, según estemos o no ante algunos títulos que hayan podido recoger parte de la relación causal que los provoca, viéndose más restringida en los títulos causales que en los abstractos.

• **CLASIFICACION.**

- Según la Ley de circulación de los títulos valores
 - ◆ Títulos al portador, se transmiten por la mera traditio.
 - ◆ Títulos a la orden, que se transmiten mediante la utilización de una cláusula que se inserta en el documento, denominada endoso.
 - ◆ Títulos nominativos: exigen otro negocio traslativo específico.
- Según la clase de derecho que incorpora el título.
 - ◆ títulos que incorporan un derecho de crédito.
 - ◆ Títulos que incorporan derechos reales.
 - ◆ Títulos que incorporan un derecho de participación, referido s básicamente a las acciones.
- Según la forma de emisión.
 - ◆ Títulos emitidos en serie o valores mobiliarios, p.e. las acciones.
 - ◆ Títulos emitidos singularmente o efectos de comercio.
- según la literalidad del derecho incorporado:
 - ◆ Títulos completos, que son aquellos en los que el contenido del derecho no requiere otra remisión p.e. el cheque.
 - ◆ Títulos incompletos son aquellos que exigen una remisión a otro sitio, p.e. las acciones.
- según incluyan la causa de la creación de ese título en mayor o menor medida:
 - ◆ Títulos abstractos: no incluyen la causa, ni siquiera hacen mención a ella.
 - ◆ Títulos causales son aquellos que incluyen la causa.

TEMA 2.

TEORIA GENERAL II.

1. LAS CLASES DE TÍTULO VALOR ATENDIENDO A LA LEY DE CIRCULACIÓN Y A LA CLASE DEL DERECHO INCORPORADO.

En esta lección vamos a ver los títulos valor según la Ley de circulación que le sea aplicable, distinguiendo así entre títulos al portador, a la orden, nominativos y representativos.

2. TITULOS AL PORTADOR.

Nacen a finales del siglo XII y se basan en el derecho germánico, según el cual la tradición espiritualista de la posesión permitía que los documentos pudieran ser transmitidos por la mera tradición.

Son títulos al portador aquellos que legitiman a su poseedor como titular del derecho incorporado, por la posesión del documento en el que hemos incorporado el derecho y, para el ejercicio de ese derecho basta con la presentación del documento.

En el derecho civil español el artículo 464 habilita al ilegítimamente desposeído a utilizar las acciones de recuperación de la posesión, a través de la figura de los interdictos.

En el Derecho Mercantil las necesidades del tráfico económico determinaron que frente al principio de seguridad jurídica, primara la agilidad económica, lo que se quiere es dar mayor rapidez aunque suponga renunciar a la seguridad., de tal forma que se articula normativamente el hecho de que un tercero de buena fe que posea un título al portador, mantiene una posición irreivindicable, o lo que es lo mismo, su situación es inatacable respecto a todos, de tal forma que es quien afirme que ha sido desposeído de ese título quien tiene la carga de la prueba, ya que la buena fe se presume.

El artículo 545 del Código de Comercio dice que los títulos al portador serán transmisibles por la tradición del documento, lo cual debe interpretarse como que la entrega del título implica la circulación del derecho incorporado; ello no debe entenderse por la existencia de la derogación de la teoría del título y el modo que existe en nuestro ordenamiento. Este mismo artículo continúa diciendo: no estará sujeto a reivindicación el título cuya posesión se adquiriera por tercero de buena fe y sin culpa grave, a salvo quedarán los derechos y acciones (acciones reivindicatorias) del legítimo propietario contra los responsables de los actos que le hayan privado del dominio. No obstante lo anterior, este principio de irreivindicabilidad fue eliminado, en parte, mediante la exigencia de la intervención de fedatario público en la transmisión de los valores mobiliarios, que se hace por Ley de 23-2-1940 que está recogido en la Disposición Adicional 3 de la Ley del Mercado de Valores 24/88. cierto es que la intervención del fedatario público exclusivamente va dirigida a que la transmisión del derecho tenga eficacia erga omnes, porque el negocio jurídico entre las partes puede y debe ser válido sin intervención de ese fedatario; en los efectos comerciales todavía no existe la necesidad de acudir al fedatario público para tener que transmitir ese título, solo es necesario en los efectos comerciales (p.e. para transmitir un cheque no hace falta ir al notario)

Por tanto en esta clase de títulos se opta por que prime la apariencia sobre la realidad.

3. TITULOS A LA ORDEN.

Nacen al mismo tiempo que los títulos al portador y, es otra evolución distinta de la transmisión de los títulos nominativos, debido a que estos títulos son de difícil transmisión tanto por la forma como por el fondo (p.e. la transmisión de una acción nominativa requiere una serie de requisitos), por esta razón los comerciantes inventan el hecho de que esos títulos lleven un documento anejo que legitima el nuevo titular. Este documento anejo, que es el endoso, termina por aparecer directamente en el propio documento y mediante su sustancia (cláusula de endoso) transmitimos la titularidad del derecho incorporado. Los títulos que se transmiten por la

cláusula de endoso son títulos a la orden (a la orden de endoso.

En el ordenamiento español son títulos a la orden:

- la letra de cambio.
- El cheque.
- El pagaré.
- El conocimiento de embarque.
- La carta de porte.
- Algunas pólizas de seguro.
- Los resguardos en almacenes generales de deposito.
- Las acciones.

El endoso es la forma regular de circulación de estos títulos, la transmisión mediante endoso se hace de forma autonomía garantizando el endosante al endosatario la solvencia del deudor cedido.

El endoso es una cláusula pro la cual el endosante transmite el derecho incorporado en el título a un nuevo titular que es el endosatario.

Circulación irregular: en los títulos a la orden cabe la posibilidad de que el derecho circule de forma irregular cuando el endoso no sea posible y, en estos casos se emplea la cesión ordinaria de créditos que está regulada en los artículos 1526 CC y 347 y 348 Código de Comercio. Así, según estos artículos, esos títulos que no se pueden endosar se podrán transferir por el acreedor si necesidad del consentimiento del deudor, bastando con poner en su conocimiento la transferencia. El cedente responderá de la legitimidad del crédito y de la personalidad con que hizo la cesión, pero en ningún caso responde de la solvencia del deudor.

Una consecuencia del endoso derivada del ordenamiento jurídico es que el deudor, que está llamado a cumplir, deberá realizar su prestación a quien aparentemente se encuentre, de acuerdo con el endoso, como titular del derecho, teniendo en cuenta que lo aparente es lo que se ve en el documento lo que se ha reflejado en el endoso.

El ejercicio del derecho corresponderá a aquel que figure como titular de acuerdo con el endoso.

• TITULOS NOMINATIVOS.

Son aquellos títulos que designan como titular a una persona determinado y que no puede ser transmitidos sin que se notifique la transmisión al deudor. Son títulos que determinan directamente al titular del derecho por eso se llaman también títulos directos. Se caracterizan por ser los títulos donde la incorporación el derecho es más tenue, casi inexistente.

Tienen grandes dificultades de circulación, porque en este tipo de títulos inexorablemente van a ser necesarios:

- la presencia de un negocio jurídico traslativo de ese título, normalmente una compraventa o una donación, para poder modificar al titular, algo que es muy entorpecedor para el tráfico económico. Tiene que ser un negocio jurídico válido.
- Como la incorporación del derecho es muy tenue, casi inexistente, es necesario siempre completar el título con la remisión a otro tipo de documentos o registros (p.e. una permuta de acciones nominativas no tiene eficacia frente a terceros hasta que no se inscriba en el libro registro de las acciones nominativas.

En principio, por imposición del derecho publico hay una tendencia a la nominatividad de acciones, pero lo

cierto es que si cotizan en bolsa el mercado ha provocado que la nominatividad haya desaparecido prácticamente.

En cuanto al ejercicio del derecho: para que el poseedor del título esté legitimado para solicitar la prestación que en él se indica, no solo es necesaria la presentación del documento, sino también la identificación de la persona que lo presenta.

Sobre los títulos en particular se puede decir que el más importante es la carta orden de crédito, que se regula en los art. 567 a 572 Código de Comercio, que consiste en una carta por la que un comerciante solicita de otro, que este le conceda, como titular de esa carta, un crédito, limitado en su cuantía. La finalidad de esta carta es evitar el traslado de dinero, lo que vamos a denominar el ámbito trayecticio de dinero. El titular por tanto va a ostentar el derecho de utilizar esa carta orden durante el tiempo y por la cuantía que en ella se fije (hoy en día no se utiliza ya que hay otras figuras sustitutivas como la tarjeta de crédito).

• TITULOS REPRESENTATIVOS.

Son títulos muy importantes. Por la incorporación del derecho al título podemos diferenciar entre títulos que incorporan créditos, derechos reales y derechos de participación, que pueden circular por cualquiera de las tres formas que hemos visto anteriormente.

Dentro del concepto de incorporación están los títulos representativos, que se llaman así porque el que aparece como titular de los mismos, por su Ley de circulación (a la orden, al portador o nominativo) tiene la posesión mediata de los objetos cuyo derecho real sobre los mismos bienes (normalmente es un derecho real de dominio) es el que se incorpora al documento. La posesión mediata sobre esos bienes es de quien ostenta la obligatoriedad de ejecutar un contrato anejo al título valor, que puede ser bien un contrato de transporte, bien de deposito (por el cual no puede vender ese bien, no tiene esa potestad). Por tanto se puede decir que los títulos representativos son aquellos que atribuyen a su poseedor el derecho a la entrega de unas determinadas mercancías, la posesión de las mismas y el poder de disponer de estas mediante la transferencia del título. El título otorga la posesión de las mercancías, una posesión mediata e indirecta, ya que el poseedor inmediato es otra persona, el cual posee las mercancías en nombre del poseedor del título.

La posesión mediata del tenedor del título tiene como presupuesto la posesión inmediata de las mercancías por parte el emiteinte del título.

La razón de estos títulos es una razón de índole económica, ya que permiten bien el traslado de los objetos, bien la adecuada guarda y custodia de los mismos.

El Derecho Mercantil ha dotado a estos títulos de la facultad de títulos de transmisión, por tanto, que supone que la transmisión del título supone la transmisión de los objetos en él representados, tradición que se produce de una manea fingida, porque las mercancías no modifican en absoluto su status, se mantiene en la misma situación en que se encontraban. Con estos títulos se gana mucha velocidad en el tráfico al transmitir el bien con la transmisión del título.

En el Derecho Español los títulos representativos son:

- El conocimiento de embarque art. 708 Código de Comercio *Los conocimientos al portador destinados al consignatario, serán transferibles por la entrega material del documento y en virtud de endoso, los extendidos a la orden. En ambos casos, aquel a quien se transfiera el conocimiento adquirirá sobre las mercaderías expresadas en él todos los derechos y acciones del cedente o del endosante* cuando se transmite el conocimiento de embarque se transmiten todos los derechos y acciones.
- La carta de porte: es un documento que recoge el traslado del transporte terrestre, no viene recogida en el Código de Comercio.

- El resguardo en almacenes generales de depósito: los almacenes de depósito se dedican solo a almacenar. La gente deposita ahí unos bienes para que se los mantengan, sin que los encargados de esos almacenes los puedan usar; se recogen en el art. 195: *El poseedor de los resguardos tendrá pleno dominio sobre los efectos depositados en los almacenes de la compañía, y estará exento de responsabilidad por las reclamaciones que se dirijan contra el depositante, los endosantes o poseedores anteriores, salvo si procedieren del transporte, almacenaje y conservación de las mercancías.* el poseedor está exento de las responsabilidades contra el depositante, endosante o poseedores anteriores, porque es un título que se transmite autónomamente.

La sustitución del título valor por el llamado derecho valor.

El título valor se basa esencialmente en una base documental que es la más fiable y la más segura, pero el avance de la tecnología ha permitido usar otros medios para confirmar el contenido de un derecho, su titularidad y su transmisión, esos medios se consiguen a través de la utilización de los medios informáticos.

La teoría del derecho valor se asienta sobre la idea de que mediante determinados sistemas de seguridad modulados por la legislación vigente, se va a permitir que el contenido de un derecho se fije exclusivamente en un registro contable de base informática. La L.M.V. vigente (24/88 de 28 de julio) en su artículo 5 dice que los valores negociables podrán representarse por medio de anotaciones en cuenta o por medio de títulos. La modalidad que elijamos para realizar la emisión habrá que aplicarse a todos los valores de una misma emisión, es decir, o todos en títulos o todos en anotaciones en cuenta. Si los representan en anotaciones en cuenta es irreversible.

Esencialmente la L.M.V. no innova nada, aplica a la anotación en cuenta los mismos principios esenciales que ya teníamos en nuestro ordenamiento:

- En cuanto a la constitución de las anotaciones en cuenta, el art. 6 LMV dice que dicha constitución u otorgamiento requerirá escritura pública en la que consten: la denominación, el número de unidades, el valor nominal y el resto de las condiciones de la emisión. Ciertamente es que esta escritura pública puede ser sustituida por la escritura pública de emisión.
- La entidad depositará una copia de la escritura en la entidad encargada del registro contable y otra en la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Esa entidad depositaria del registro contable, cuando coticen en bolsa esos valores, los va a gestionar la propia sociedad rectora de bolsas o directamente el llamado Servicio de Compensación y Liquidación de Valores. Si la anotación en cuenta es fruto de la emisión de deuda pública el régimen contable lo lleva directamente la CNMV. Esa llevanza del registro la tiene que llevar exclusivamente una única entidad.
- Posteriormente a la emisión, la suscripción de esas anotaciones en cuenta se tendrá que realizar de acuerdo con la publicidad registral que lleva a cabo la entidad correspondiente, de tal forma que aquel que suscriba una anotación en cuenta de acuerdo con el registro contable, adquiere una posición inatacable frente a terceros, es decir, esa transferencia contable que sustituye, en estos casos a la tradición real de los títulos valores, significa que el adquirente, al adquirir por tradición, implica igualmente la eficacia erga omnes de esa transmisión acorde a registro (art. 9.2 LMV). El tercero que adquiera a título oneroso de persona que de acuerdo con los asientos del registro contable esté legitimado para transmitirlos, no estará sujeta a reivindicación, salvo mala fe o culpa grave. Es la aplicación de la irrevindicabilidad de los títulos al portador.
- El art. 10 LMV dice que la constitución de los derechos reales limitados p.e. el usufructo, u otros gravámenes, deberán inscribirse en la cuenta correspondiente. La inscripción de un derecho de prenda equivale al desplazamiento posesorio y la constitución de esos gravámenes se opone a terceros desde el momento de la inscripción (solo tiene eficacia erga omnes desde que se inscribe, si hay contrato entre las partes pero no hay inscripción, solo tendrá eficacia entre las partes pero no frente a terceros).
- Por último, si bien es cierto que es legítimo titular de la anotación en cuenta quien aparezca legitimado de acuerdo con los asientos del registro, no es menos cierto que para facilitar la

demostración de esa titularidad la entidad que gestiona el registro contable emitirá certificados de dicho registro, aunque esos certificados solo tienen la finalidad exclusiva de esa legitimación de titularidad, pero no habilitan para efectuar actos de disposición sobre anotaciones en cuenta (es así porque la transmisión es muy rápida, por eso para transmitirla tiene que ir al registro y ver que en ese mismo momento esa persona es titular)

TEMA 3

LA LETRA DE CAMBIO. INTRODUCCIÓN.

1 CONCEPTO Y FUNCION ECONÓMICA.

Tanto la letra como el pagaré y el cheque han venido desde antiguo siendo objeto de intentos de unificación internacional en cuanto a su regulación. Ya en el siglo XIX hubo intentos de ello, pero fundamentalmente es bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones, cuando se hacen en Ginebra dos Tratados Internacionales de 1930 y 1931 donde se trata esa unificación, España lo firma rápidamente pero hasta 1985 no modificaremos el Código, en este año será cuando se supriman los Art., del Código de Comercio referentes a letras, pagarés o cheques, promulgándose la Ley 19/85 de 16 de Julio llamada Ley Cambiaria y del cheque.

FUNCION ECONÓMICA.

la función económica que la letra cumple en la actualidad no coincide con la que ha desempeñado en otras épocas.

La letra básicamente se utiliza:

- como título de pago: al ser un instrumento de gran rigurosidad procesal, se utiliza para pagar operaciones causales, así, la letra permite asegurar el pago, aplazarlo y fraccionarlo. Teniendo en cuenta que las letras son títulos ejecutivos, el impago de las mismas implica la utilización de un procedimiento rápido de cobro de las mismas, es un rigor de cosa juzgada material, cobramos inmediatamente, pero ello no supone que no podamos utilizar los procedimientos ordinarios procesales (cosa juzgada formal)
- Como instrumento de crédito: por su rigurosidad procesal, las entidades de crédito pueden utilizarla como basamento de los créditos. Es un buen instrumento de crédito, porque al ser título ejecutivo, documenta muy bien la ejecución de pagar que asume el prestatario. Además este instrumento de crédito es en si mismo un instrumento de crédito mediante el descuento de las mismas. La letra es un instrumento que defiende el pago, hasta que llegue el momento de pagarla; si el tenedor de la letra desea disfrutar del dinero cuanto antes se va a un banco, se presenta la letra donde pone que me van a pagar en 60 días, pero quiero tener el dinero ya, entonces lo que se hace es endosarla al banco, este nos adelanta el dinero de la letra, pero no todo, porque los bancos descuentan un porcentaje, que sería más o menos el que corresponderá al pago de un préstamo durante ese tiempo. Con esta operación no solo estoy transfiriendo el documento al banco, sino también digo que si no le paga el deudor pago yo. (el transmitente).

Así, en algunas ocasiones la letra se utilizará directamente como instrumento de crédito y otras veces se utilizan con la finalidad de que los bancos adelanten el crédito que incorporan, así, el titular de la letra que está aplazada se dirige al banco y se la endosa; el banco a cambio le adelanta el importe de la letra descontándole los intereses y los gastos correspondientes. Algunas de estas operaciones de descuento se hacen basándose en previas operaciones causales. .

2. EVOLUCION HISTORICA.

La letra nace en la época medieval con una finalidad que primero se asienta en el cambio trayecticio de moneda, la finalidad es no llevar tanto dinero encima, porque había mucho peligro, así se sustituye el traslado de dinero por el traslado de documentos. Se hacía a través de la siguiente formula: yo comerciante reconozco que he recibido X cantidad de dinero de otro comerciante, dinero que me comprometo a devolver en otra ciudad (al principio era una característica esencial el que la letra se tuviese que emitir en plazas distintas), junto a ese documento se emitía otro donde el receptor del dinero ordenaba a otro comerciante de la ciudad de destino que pagara a quien le había dado el dinero, la cantidad correspondiente. Quien necesitaba disponer de una cantidad de dinero en otra localidad distinta se dirigía a un profesional (banquero) y le entregaba una cantidad de dinero, con la intención de poder utilizar ese dinero en la localidad deseada. El banquero emitía dos documentos: en uno procedía a reconocer ante el depositante que había recibido un valor determinado en dinero y en el otro se solicita a un tercero que pague a la persona que se inicia en el documento y ante la presentación del mismo, se le pague esa cantidad al contado, por tanto este segundo documento tenía la finalidad de permitir el disfrute del dinero en la localidad de destino.

En el primer documento el creador del mismo (LIBRADOR) asume la obligación de devolver el dinero y en el segundo documento, a la persona a la que se solicita el pago (LIBRADO) todavía no aparece como obligado en la letra. El librado puede ser alguien que mantiene alguna relación comercial con el librador, generalmente será una relación de subordinación, peor esta relación no aparece para nada en el documento.

Estos documentos estaban dotados de gran rigurosidad procesal, de forma que si la letra no era pagada por el librado, podría exigirse su importe del librador (persona que la emitía)

El proceso evolutivo se completa con la unificación de los dos documentos en uno solo, donde se contiene el reconocimiento de la deuda y el llamamiento al librado para que pague, llegando a la perfección técnica con la llegada a a letra de la aceptación y el endoso.

3. LOS SISTEMAS DE DERECHO COMPARADO.

Tradicionalmente han existido tres grandes modelos cambiarios:

- Modelo francés: la letra es un documento eminentemente causal, algo que tiene problemas ya que todo lo que ha pasado antes tiene incidencias en el pago, aunque también tiene sus ventajas hay que reconocer que circula mucho peor..
- Modelo germánico: la letra es eminentemente abstracta lo cual le da más facilidad de circulación. Es la que triunfa en las reglas uniformes de Ginebra de 1930 y 1931.
- Modelo anglosajón, sobre todo norteamericano, donde la letra de cambio como tal no existe, si tienen pagaré y cheque, pero la letra de cambio es como le llaman al reconocimiento de deuda.

Debido a la existencia de estos sistema, es por lo que se procedió al intento de unificación del derecho cambiario, que cristalizó en 1930 y 1931 en los convenios aprobados para la letra de cambio y el pagaré (1930) y para el cheque (1931) como consecuencia de la Conferencia de Ginebra

TEMA 4

ACTOS Y NEGOCIOS CAMBIARIOS. LIBRAMIENTO Y ACEPTACIÓN.

• DOCTRINA GENERAL DE LOS ACTOS Y NEGOCIOS CAMBIARIOS.

CAPACIDAD: Las declaraciones que aparecen en la Ley Cambiaria son declaraciones de voluntad, en las que es normal entender que para su validez sea necesaria la capacidad plena de obrar, toda vez que la única deuda que podría existir sobre el menor emancipado queda despejada porque el Código Civil les prohíbe tomar dinero a préstamo La intervención de los incapacitados jurídicamente solo provoca la invalidez de estos actos,

no la nulidad, lo que supone que solo se anularan si es pedido por alguna de las partes.

REPRESENTACIÓN: el artículo 9 de la Ley Cambiaria dice: todos los que pusieren firmas a nombre de otros en letras de cambio, deberán estar autorizados para ello, con poder de las personas en cuya representación obraren, expresándolo claramente en la antifirma, para que mediante la contemplatio domini quede obligado el representado. El artículo 9 también recoge la presunción de que los administradores de las compañías están autorizados por el solo hecho de su nombramiento, para representarlos cambiariamente.

El artículo 10 recoge los supuestos de la firma de una declaración cambiaria por un falso representante y los casos del que se ha excedido en los poderes que le han sido conferidos:

- En el caso de que ponga la firma como representante una persona que no tiene poderes para actuar en nombre de otra, la Ley Cambiaria establece que su declaración tiene plena eficacia con relación al propio representante, pero no frente al representado. Por tanto en el caso de que alguien pusiere su firma en una letra de cambio, sin poder de aquel al que decía representar, quedará directamente obligado sobre el documento.
- El artículo 10 contempla el supuesto del representante que se hubiere excedido en sus poderes. Se trata del caso en el que existe un poder de representación a favor del firmante, pero en el que el representante se excede en el uso de su poder al suscribir la declaración cambiaria. En estos supuestos la consecuencia, en lo que a responsabilidad el representante se refiere, es a misma: el representante se obliga personalmente de forma cambiaria, pero el representado responde también cambiariamente dentro de los límites del poder, es decir, el falso representante quedará obligado en el exceso.

EL PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA RELACION CAMBIARIA. (FALSEDAD)

La letra de cambio es capaz de recoger diversas obligaciones cambiarias mediante la firma de varias personas. La Ley Cambiaria establece la autonomía de los distintos obligados cambiarios, al decir el artículo 8 que cuando una letra de cambio lleve firmas de personas incapaces de obligarse, o firmas falsas, o firmas que por cualquier razón no puedan obligar a las personas que hayan firmado la letra, o a aquellos en cuyo nombre aparezca firmada; las obligaciones de los demás firmantes no dejarán por eso de ser válidas. Se produce por tanto una independencia de las distintas obligaciones cambiarias, de forma que aun cuando todos los obligados cambiarios responden solidariamente (art. 57), la obligación de cada uno de ellos es independiente y los defectos que afectan a la validez de una obligación no lesionan a las demás, de manera que cada obligado cambiario solo podrá oponer como excepciones relativas las que afecten a su propia obligación.

2.LIBRAMIENTO Y ACEPTACIÓN.

A) LIBRAMIENTO: El libramiento es la creación de la letra, por eso el que la crea se llama librador y esa creación es como todas las declaraciones cambiarias una declaración de voluntad siendo la fórmula gráfica de crear una letra que sea firmada como librador. Es aquella declaración de voluntad, por la cual una persona capaz, mediante su firma crea la letra de cambio; esta persona es el LIBRADOR y, la declaración de voluntad que crea la letra de cambio se apoya en una cuestión extracambiaria, normalmente en un negocio causal, de forma que la letra será su medio de pago. Ahora bien, históricamente, el librador era aquel que recibía un dinero, de tal manera que el creador de la letra estaba jurídicamente obligado a pagar la letra , si no lo hacía el llamado directamente a ello (el librado) , por esta razón el artículo 11 dice que el librador garantiza el pago y la aceptación de la letra.

El artículo 11 dice que el librador garantiza la aceptación y el pago permitiendo al librador librarse de la garantía de aceptación, pero nunca de la garantía del pago, de ahí que dicho artículo establezca que toda cláusula por la cual se exonere de la garantía del pago se considerará como no escrita.

La exoneración de la garantía de la aceptación deberá hacerse constar en e propio documento.

La garantía del pago proviene de la concepción de la letra como inicial instrumento de cambio de moneda, cuando surge este documento el que lo emitía, que era un comerciante, reconocía que había sido provisto de fondos, de tal forma, que la letra obliga al librador a devolver lo entregado, en el caso de que el librado no cumpliera. Evidentemente esa provisión de fondos la va a realizar hoy en día el librador al librado, que es el llamado a pagar la letra y es el llamado a pagar porque ha recibido una provisión de fondos del librador, la obligación que asume el librador de pagar se llama cláusula valor o valuta y directamente va a demostrar la pervivencia histórica de ese valor que recibía el creador de la letra para emitirla.

La Ley Cambiaria prevé la posibilidad de que se requiera de pago al librador, pero si resulta que éste no es un obligado causal, podrá, en el ámbito procesal, utilizar las excepciones personales que tuviera contra quien le requiere del pago. No obstante, en este punto, habría problemas si la letra hubiese circulado.

B) LA ACEPTACIÓN.

La provisión de fondos era la relación entre librador y librado. El librado es el llamado al pago, es decir, ese librado no es todavía obligado cambiario, puede y normalmente será, obligado causal, pero para que una persona se convierta en obligado cambiario tiene que aceptar la letra.

La aceptación es la declaración incondicionada del librado contenida en la letra, por la que se asume la obligación de pagarla a su vencimiento (art.. 33).

El librado, al transformarse en aceptante, se convierte en el obligado cambiario principal y directo, pero éste, en tanto que no acepte la letra, no está obligado cambiariamente a su pago, aun cuando haya recibido la orden de pago del librador.

La negativa del librado de aceptar la letra, no produce para este consecuencias cambiarias, de forma tal, que el librado es libre para aceptar o no la letra.

En todo caso, el librador, en virtud del libramiento garantiza la aceptación y el pago de la letra, pudiendo eximirse de la garantía de aceptación, pero no del pago. La falta de aceptación por parte del librado abre la vía de regreso del tenedor de la letra contra el librador y los endosantes (art. 50)

La presentación a la aceptación: La Ley regula la presentación de la letra a la aceptación por su tenedor o por un simple portador de la misma (art. 25 a 28).

El artículo 25 nos dice que el tenedor o el simple portador podrá presentar la letra a la aceptación del librado, en su domicilio y hasta la fecha del vencimiento. Si hay dos o más librados, se podrá presentar a cualquiera de ellos salvo que se indique en la letra lo contrario, porque puede haber llamamientos sucesivos pero si no dice nada los llamamientos serán simultáneos

La presentación a la aceptación es, en general, voluntaria, en el sentido de que es una facultad de tenedor presentarla o no al librado para su aceptación.

El librador (art. 26) podrá, mediante cláusula expresa en la letra, determinar la obligatoriedad de la presentación de la letra a la aceptación, fijando o no un plazo para ello.

El librador también podrá prohibir su presentación a la aceptación, salvo en tres casos:

- Cuando la letra sea pagadera en el domicilio de un tercero.
- Cuando la letra sea pagadera en una localidad distinta de la del domicilio del librado.
- Cuando se trate de letras giradas a un plazo desde la vista, las cuales deben presentarse obligatoriamente a la aceptación en el plazo de un año desde su fecha (art. 27)

La razón es que en estas letras no es necesario fijar el día en que iniciamos el plazo a partir del cual vamos a permitir el vencimiento de la letra.

Requisitos de la aceptación. El art. 29 establece que la aceptación se escribirá en la letra de cambio. Normalmente la aceptación se expresará mediante la palabra acepto u en otra equivalente, e irá firmada por el librado, de forma autógrafa. Pero, la simple firma del librado puesta en el anverso de la letra equivale a la aceptación.

La fecha de la aceptación, por regla general, no es necesaria. Sin embargo, si debe ponerse la fecha en los casos de las letras pagaderas a un plazo desde la vista o cuando deban presentarse a la aceptación en un plazo fijado por estipulación especial. Si en estos casos no se pone la fecha, el tenedor debe hacer constar esa falta mediante protesto para conservar las acciones de regreso, pero no pierde la acción directa contra el aceptante.

La presentación de la aceptación permite al librado pedir que se efectué por segunda vez al día siguiente de la primera presentación, si no se efectúa la segunda presentación, no es óbice para que sea utilizado por los obligados en vía de regreso.

Efectos de la aceptación. La aceptación puede ser parcial, esto es, por una parte del importe de la letra. El aceptante queda obligado por esta parte del importe y el tenedor puede iniciar la vía de regreso inmediatamente por la parte no aceptada. La Ley Cambiaria prohíbe la aceptación condicionada, ya que según el artículo 30 la aceptación ha de ser pura y simple, de forma que si se establece una condición, la aceptación ha de estimarse como inválida.

Se discute si cabe la aceptación a plazo, pero la doctrina mayoritaria entiende que no es admisible.

Si los librados son varios, puede presentarse la letra a la aceptación, salvo pacto en contrario, a cualquiera de ellos, por tanto la solidaridad entre ellos se presume, la negativa de la aceptación por uno de ellos permitirá al tenedor el ejercicio de su acción de regreso conforme a lo dispuesto en el artículo 50.

Es admisible que haya llamamientos a los librados de manera alternativa, sucesiva y mancomunada, lo cual debe quedar indicado en la letra.

C) LA RELACION ENTRE LIBRADOR, LIBRADO Y ACEPTANTE.

- La relación entre librador y librado. Esta relación se articula o estructura sobre la PROVISIÓN DE FONDOS que el librador va a realizar a favor del librado, e indica que el librador hace un llamamiento al librado para el pago de la suma indicada en la letra, en razón de la entrega de unos fondos (mercancías) que han determinado que el librado se haya convertido en un obligado causal. Esa provisión de fondos puede realizarse de manera contraria a lo acordado, una entrega defectuosa, incompleta, tardía o incluso no hacerse y ello va a suponer unos futuros efectos con relación a la letra, entre el librador y el librado, sea o no aceptante.
- La relación entre tenedor y librado: CESIÓN DE LA PROVISIÓN E FONDOS. ya ha quedado apuntado que el librado se encuentra obligado frente al librador por un crédito que tiene éste frente a aquél, que se denomina relación de provisión y que tiene una naturaleza extracambiaria. Pero con independencia de esto, la Ley ha previsto que el librador, mediante una cláusula inserta en la letra, pueda declarar que cede los derechos referentes a la provisión de fondos al tenedor de la letra. (art. 69.)

Como consecuencia de la cláusula de cesión de la provisión, los derechos referentes a ésta se transmiten al tenedor del título. La emisión del título va unido, por consiguiente, a la cesión de crédito, de tal manera que el tomador de la letra no solo es tenedor del título, sino también cesionario del crédito.

En el supuesto de que el cesionario endose la letra de cambio, el endosatario, como nuevo tenedor de la

misma, será el nuevo cesionario en el momento en que reciba la letra

El librado, haya aceptado o no, deberá pagar mediante presentación y entrega de la letra, de manera que si paga al librador o a otra persona sin obtener esa entrega de la letra, podrá verse obligado a pagar de nuevo al poseedor legítimo de la letra de cambio.

Las razones de la cesión de la provisión son básicamente las de asegurar el fortalecimiento de la posición del titular o tenedor, y así éste en el caso de que no pueda cobrarse la letra, tendrá la posibilidad del crédito extracambiario.

D) LETRAS DE FAVOR.

Son las letras de cambio que carecen de provisión de fondos, en las que los obligados cambiarios asumen tal posición sin que exista una previa obligación causal. Esta situación puede fundamentarse en muy variados supuestos, desde una relación societaria entre una filial y la sociedad cabeza de grupo que acepta asumir esa posición para favorecer a su filial; hasta un modo encubierto de operaciones ilegales.

TEMA 5

EL TÍTULO

• REQUISITOS GENERALES.

La letra de cambio es un documento formal, que exige para su existencia una serie de requisitos de carácter esencial, sin los cuales no hay letra de cambio. Estos requisitos se recogen en el artículo 1 donde además dice que la ausencia de alguno de estos requisitos determina que no hay letra de cambio, habrá otra cosa, al menos un reconocimiento de deuda, pero no una letra de cambio.

Los requisitos recogidos en este artículo son:

- La denominación de letra de cambio inserta en el texto mismo del título, expresada en el idioma empleado en su redacción. No obstante también existen letras plurilingües.
- El mandato puro y simple de pagar una suma determinada en pesetas (euros) o en moneda extranjera convertible, es esencial entender que estamos efectuando un llamamiento al pago porque ese llamamiento que se efectúa al librado se hace a quien todavía no es obligado al pago. En el hipotético caso de que haya discrepancia entre la cuantía que se fije en la letra en letra y la que se fije en número, primará la cantidad escrita en letra. Si el importe estuviera escrito varias veces se interpretará por la cantidad menor.
- El nombre de la persona que ha de pagar que se llama librado. Aun cuando la Ley habla de la persona que ha de pagar, está claro que esta persona no está obligada cambiariamente en tanto en cuanto no acepte la letra. Si la letra se gira contra dos o más librados, se entenderá que la orden se dirige indistintamente a cada uno, para que cualquiera de ellos pague la letra.
- La indicación del vencimiento, cuando y como va a vencer la letra. Solo son admisibles cuatro formas de vencimiento, recogidas en el artículo 38 y solo se admiten estos cuatro tipos, cualquier otro libramiento que se indique provoca que la letra sea nula. Si no se establece ningún vencimiento se entenderá que las letras son a la vista. Los cuatro tipos de vencimiento que establece la Ley son:
 - ◆ A fecha fija, tienen una fecha determinada de vencimiento.
 - ◆ A un plazo contado desde la fecha de la letra, p.e. vence a 30 días.
 - ◆ A la vista: el artículo 39 establece que esta letra será pagadera a su presentación, las letras a la vista son pagaderas a su vencimiento, lo cual significa que las letras a la vista nacen vencidas.. el librador, no obstante puede establecer que este tipo de letra no se presenten al pago hasta una determinada fecha, esa fecha será la que principie el plazo de presentación.

- ◆ A un plazo contado desde la vista: estas vencerán cuando concluya el plazo que se inicia con la fecha de aceptación de la letra, el plazo comienza a contar el día de la aceptación. Son letras que hay que presentar obligatoriamente a la aceptación.

En cuando a los cálculos de los plazos, se recogen en los artículos 41 y 42, donde se aplican los principios ya conocidos del Derecho Civil, es decir, los periodos de meses o de años se computan de fecha a fecha. Se establecen algunas particularidades, así, las letras hay que pagarlas en los días hábiles y si el día en que vence es inhábil se pasa al siguiente día hábil. Rige siempre el calendario del lugar de pago.

- Indicación del lugar donde se ha de efectuar el pago; si no aparece el lugar de pago, se sustituye por el que aparezca junto al nombre del librado. El lugar de pago tiene una gran importancia porque determina el aforamiento judicial, establece el calendario y además a veces puede ser determinante de la moneda de pago.
- El nombre de la persona a quien se ha de hacer el pago o a cuya orden se ha de efectuar, esa persona se denomina doctrinalmente tomador. En muchas ocasiones el tomador puede ser una entidad de crédito que mantiene relaciones profesionales con el librador como titular del crédito causal (cuando tengo una letra y voy a pagar, quien cobra es el banco, que tendrá relaciones con quien verdaderamente ha librado la letra, el tomador es el banco, el banco cobra por orden de quien se va a quedar con el dinero.
- La fecha y el lugar en que la letra se libra. Básicamente estos requisitos tienen dos consecuencias:
 - ◆ La fecha para ser el día inicial (dies a quo) de los plazos y también determina la capacidad de los que hacen declaraciones cambiarias (p.e. el día 31 se pueden no tener todavía 18 años).
 - ◆ Si no indicamos el lugar de emisión el artículo 38.c nos dice que será el lugar que aparece designado junto al nombre del librador.
- La firma del que emite la letra o librador. Hace falta que aparezca la firma del librador. En principio tenían que ser firmas autógrafas, pero ahora también se permite el estampillado, en algunos casos . el artículo 4 nos dice que las letras pueden girarse:
 - ◆ A la orden del propio librador e decir que lo va a cobrar él.
 - ◆ Contra el propio librador (lo firmo pero yo soy el llamado al pago) esto se hace para que la letra circule, cambie de manos, al final cobrará a otro.
 - ◆ Por cuenta de un tercero) que cobre otro., p.e. el banco.

3. EL PROBLEMA DEL TIMBRE.

Un documento que reúna todos los requisitos del artículo 1 LC. Es una letra de cambio, ahora bien, como operación de transmisión de carácter económico, está sometida a la presión impositiva y por eso hay que pagar el impuesto de transmisión de actos jurídicos documentados, que se puede pagar antes, comprando el modelo timbrado o después y, además la utilización del modelo timbrado tiene la ventaja de que directamente se accede al juicio ejecutivo, aunque también tendría acceso si compro el timbre después.

5. CLAUSULAS FACULTATIVAS Y PROHIBIDAS.

A) CLAUSULAS PROHIBIDAS.

La Ley Cambiaria española tiene pocas prohibiciones pero hay determinadas prohibiciones de mucha importancia, así, están prohibidas:

- Está prohibida la cláusula que exonera de la garantía del pago al librador.
- La aceptación condicional; la aceptación tiene que ser pura y simple.
- El endoso parcial: el endoso tiene que ser pleno.
- La letra al portador. No se puede emitir una letra al portador.
- Emitir una letra con libramientos distintos de los previstos en el artículo 38.

B) CLAUSULAS FACULTATIVAS.

Son aquellas que se pueden incluir en la letra, es decir, no son requisitos esenciales, pero no están prohibidas:

- La cláusula que exonera al librador de la garantía de aceptación, el librador siempre tiene que garantizar el pago, pero no tiene porqué garantizar el que la letra se acepte o no.
- Todas las cláusulas que establecen plazos para la aceptación o para la presentación al pago.
- La aceptación parcial.
- La que determine la graduación del llamamiento de los librados, se determina que se llame primero a un librado y luego a otro.
- La domiciliación del pago de la letra. Las letras se suelen domiciliar en una entidad de crédito. La domiciliación va a tener mucha importancia en cuanto a la denegación del pago.
- La cláusula de intereses: el artículo 6 dice que en las letras a la vista o a un plazo desde la vista, el librador puede establecer la cláusula de intereses, solo en estas dos letras, en las demás está prohibida. Hay que fijar el interés anual obligatoriamente y empezará a correr, salvo estipulación en contra, desde la fecha de emisión. Lo único que la Ley exige es que hay que fijar el interés en la propia letra y si no se pone el interés, esta cláusula se tendrá por no escrita.
- La cláusula por la cual determinamos que el endoso se va a efectuar exonerando de la responsabilidad del pago al endosante. Igualmente, el endoso puede recoger la prohibición de nuevo endoso y conectado a esto cláusula facultativa es a si mismo la cláusula no a la orden, por la cual no vamos a poder endosar.
- La cláusula que va a obligar a protestar la letra, porque en principio el protesto es potestativo, pero podemos determinar la obligatoriedad del protesto a través de esta cláusula.
- La que permite la presencia de la cláusula de indicados, referida a la posibilidad de que en caso de impago de la letra, se indique la presencia de otras personas que se hagan cargo de dicho pago.
- La cláusula de cesión de la provisión; consiste en ceder la provisión y básicamente hace referencia a que transmitimos al nuevo titular de la letra la titularidad sobre la relación causal o extracartacea.

6. LETRA INCOMPLETA Y LETRA EN BLANCO.

Es lo mismo porque la letra en blanco es aquella que no dice nada e incompleta es a la que le falta algo.

7. DUPLICADOS, COPIAS Y ADICIONES.

Las letras se pueden duplicar, copiar y adicionar o sumar

TEMA 6

LA CIRCULACIÓN.

1. FORMAS DE CIRCULACIÓN:

La letra tiene una forma normal de circular que es el endoso, ya que el título cambiario es un título esencialmente a la orden. Además la letra puede circular de otra forma, esencialmente mediante circulación como consecuencia del pago recuperativo y también puede circular mediante una circulación de Derecho Común, o lo que es lo mismo, mediante una cesión ordinaria de crédito y, por supuesto también puede circular como adquisición a non domino, porque todas las cosas se pueden robar, por lo que se puede recibir una letra de quien no es su verdadero titular.

2. EL ENDOSO.

2.1 EL ENDOSO PLENO:

La explicación del endoso se va a asentar sobre el endoso pleno, es decir, el endoso que transmite íntegramente el título cambiario.

- CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.

El artículo 14 LC es clarísimo sobre el concepto: la letra de cambio aunque no se haya expresamente librado a la orden, será transmisible por endoso (principio general) y ese endoso, por tanto, implicara que quien aparezca como nuevo titular (endosatario) adquiere íntegramente el crédito cambiario. Ahora bien, si ponemos en la letra la clausula no a la orden u otra equivalente, la letra solo se podrá transmitir como una cesión ordinaria y el endoso se puede realizar a favor de cualquier persona, incluso a favor del librado, sea aceptante o no, o de cualquier otro obligado en la letra y se puede a su vez endosar de nuevo.

- ELEMENTOS.

Los elementos que debe contener el endoso se recogen en el artículo 15. el endoso debe ser total, puro y simple (no cabe el endoso parcial), toda condición se entiende como no puesta y se permite el endoso al portador, que se entiende como el endoso en blanco, aunque no se permite la letra al portador, si que se permite el endoso al portador.

Dice el artículo 16 que el endoso debe escribirse en la letra, normalmente en el título timbrado que está en el reverso o en su suplemento y debe ser firmado por el endosante.

- EL ENDOSO EN BLANCO.

El endoso en blanco es el que no designa al endosatario o consiste simplemente en la firma del endosante, aunque en este caso tiene que ir en el dorso de la letra (si la firma va delante se es avalista).

El artículo 17 dice que el endoso transmite todos los derechos resultantes de la letra. Cuando el endoso esté en blanco el tenedor tiene tres opciones:

- Completar el endoso en blanco con su nombre o con el de otra persona.
- Endosar la letra de nuevo en blanco designando endosatario.
- Entregar la letra a un tercero y el tercero puede hacer de nuevo lo mismo..

- EFFECTOS DEL ENDOSO

El endoso tiene fundamentalmente tres efectos:

- Efecto garantizador del pago de la letra. El artículo 18 nos dice que el endosante, salvo cláusula en contrario, garantiza la aceptación y el pago frente a los tenedores posteriores. El endosante garantiza a los que son posteriores en el tiempo como titulares de la letra, a los tenedores posteriores. La razón de garantizar exclusivamente a los tenedores posteriores no es otra que la consecuencia lógica de la transmisión prosolvendo (garantizando la solvencia) del pago de la letra (se garantiza el pago de la letra a los que son más modernos que el endosatario, no a los que anteriores)

El endosante puede prohibir nuevo endoso, en este caso no garantiza el pago a ulteriores titulares de dicha letra que adquieran su derecho por endoso.

- Efecto legitimador: se recoge en el artículo 19 que nos dice que el tenedor de la letra de cambio se considerará portador legítimo de la misma, cuando justifique su derecho por una serie no interrumpida de endosos, aun cuando el último endoso esté en blanco. Los endosos tachados se consideran como no escritos y, si existe algún endoso en blanco que va seguido de otro endoso normal, el firmante de éste

se entenderá que adquirió la letra por el endoso en blanco. Esto se llama principio de apariencia jurídica, es decir, aquí prima lo aparente sobre la seguridad jurídica.

Si una persona es desposeída de una letra de cambio por cualquier causa (pérdida, robo...) el nuevo tenedor que justifique su derecho en la forma indicada en el párrafo anterior (serie no interrumpida de endosos) no estará obligado a devolver la letra si la adquirió de buena fe, que es lo mismo que el principio de irrevindicabilidad de los títulos al portador..

Este efecto lo que consagra es la adquisición a non domino de la letra.

- Efecto de transmisión autónoma del derecho cambiario. Se recoge en el artículo 20, que nos dice que el demandado por una acción cambiaria no podrá oponer al tenedor excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador o con los tenedores posteriores, a no ser que el tenedor, al adquirir la letra haya procedido a sabiendas en perjuicio del deudor (si puede oponer excepciones que tenga directamente contra el tenedor). Esta última frase parece que quiere decir que no actúe dolosamente, con intención de perjudicar , pero es muy difícil probar que adquirió con intención de hacer daño al deudor

.

• LOS ENDOSOS LIMITADOS.

Se recogen en los artículos 21 y 22.

A) ENDOSO DE APODERAMIENTO O DE COBRO. Cuando en una letra aparezca un endoso con la mención valor al cobro para la cobranza por poder o similar que implique un simple mandato, el tenedor podrá ejercer todos los derechos de la letra, pero no podrá endosarla, salvo para comisión de cobranza. Las personas obligadas a pagar solo podrán invocar contra ese tenedor las excepciones que tuviese contra su mandante.

Al igual que ocurre en el mandato, ni la muerte del mandante, ni su incapacidad provocará la revocación del endoso. Distinto de esto serían aquellos supuestos que, acordes con a la legitimidad, recogen negocios fiduciarios que no se plasman en la letra de cambio, son los llamados endosos encubiertos (un negocio fiduciario es la relación jurídica basada en la confianza) , cuando sin determinarlo la letra dos personas acuerdan que una sea endosante pleno de la otra pero entre endosante y endosatario hay una relación de confianza que no esta reflejada en la letra, pero supone que el endosatario actúa por relación del endosante (solo entre las partes hay una relación de apoderamiento), esto es el endoso encubierto, que no solo se refiere a los endosos por apoderamiento, sino que se da con mucha frecuencia.

B) ENDOSO DE GARANTIA. Se da cuando aparece en el endoso la palabra valor en garantía o valor en prenda, en estos casos el tenedor puede ejercer todos los derechos que deriven de la letra de cambio, pero si endosa, solo servirá como comisión (negocio jurídico mercantil de representación) de cobranza (se endosa para garantizar el cobro de otro crédito). En base a ello es articulo 22.2 dice que las personas obligadas en la letra no pueden invocar contra el tenedor excepciones fundadas en sus relaciones personales con el endosante, que las transmitió en garantía, a menos que el tenedor al recibir esa letra hubiera procedido a sabiendas en perjuicio del deudor.

3.LA CIRCULACIÓN DE DERECHO COMÚN.

El articulo 24 nos dice que la cesión ordinaria de la letra transmitirá al cesionario todos los derechos del cedente en los términos delos artículos 347 y 348 del Código de Comercio. La única forma de transmitir la letra no a la orden es por cesión ordinaria, que conlleva que ni es una transmisión autónoma ni se garantiza la

solvencia del deudor.

TEMA 7

GARANTIAS, PAGO Y PROTESTO.

1. GARANTIAS.

A) AVAL Se regula en los artículos 35 a 37. es el sistema de garantía propiamente cambiario. La característica más determinante de esta garantía es que el avalista responde de igual manera que el avalado y no puede oponer las excepciones personales de este. El principio de accesoriedad y subsidiaridad de las garantías civiles desaparece porque el propio artículo 37 dice que es válido el aval aunque la obligación cambiaria garantizada sea nula, salvo por vicio de forma .

- Forma del aval: el artículo 36 nos dice que el aval debe ponerse en la letra o en su suplemento. Se expresara mediante las palabras por aval o similares, e irá firmado por el avalista.; la simple firma de una persona en el anverso de la letra equivale al aval, siempre que no sea ni el librador ni el librado, ya que en estos casos si firma en el anverso supone que está aceptando.

Se debe indicar a quien se avala, a falta de esa indicación se entiende avalado el aceptante y en defecto de este al librador(el aceptante es el más directo a pagar la letra, según el artículo 33, y el librador, siempre garantiza el pago, nunca se puede exonerar de la garantía del pago)

- El aval puede hacerse total o parcial y lo puede realizar un tercero y otro firmante de la letra y puede hacerse después del vencimiento de la letra, siempre que el avalado todavía sea obligado cambiario.
- El avalista que pague adquirirá los derechos derivados de la letra contra la misma persona avalada y contra quienes sean responsables cambiariamente respecto a esta.
- El aval en documento separado no es válido como aval cambiario, pero puede ser otro derecho de garantía distinto.

B) HIPOTECA CAMBIARIA: El artículo 155 de la Ley Hipotecaria admite la posibilidad de que sustanciemos una hipoteca que tenga como base el derecho de crédito recogido en un título cambiario, es decir, se puede hipotecar una letra de cambio, con los mismos requisitos que en la hipoteca civil..

• EL PAGO DE LA LETRA.

El título cambiario es un título dirigido a que una vez vencido sea pagado por los obligados cambiarios.

A) LA PRESENTACIÓN DE LAS LETRAS AL PAGO: El artículo 43 dice que el tenedor de una letra de cambio pagadera en día fijo (librada a fecha determinada) o a un plazo desde la fecha o a un plazo desde la vista, deberá presentar la letra al pago en el día de su vencimiento o en uno de los dos días hábiles siguientes. Si hubiéramos domiciliado el pago en una entidad de crédito, la presentación de la letra en la Cámara de Compensación equivale a la presentación al pago.

Para facilitar la presentación al pago, si la letra está en poder de una entidad de crédito, ésta puede presentar la letra al pago mediante el envío al librado de un aviso que contenga los datos necesarios para identificar la letra, para que de instrucciones sobre el pago.

Cuando se presenta la letra al pago, el librado si efectivamente la paga (íntegra o no), puede exigir que le sea entregada con el recibí del portador, supuesto inexistente en la actualidad, porque como todas están en posesión de una entidad de crédito, ésta podrá sustituir la entrega por un documento acreditativo de ese pago con pleno valor liberatorio.

Se presume pagada la letra si una vez vencida está en poder del librado o domiciliatario.

B) INTEGRIDAD DEL PAGO Y PAGO PARCIAL.: Es admisible el pago parcial, no se puede rechazar, en este caso también se podrá exigir recibo del mismo, lo que no se puede hacer es obligar al tenedor al pago anticipado, antes del vencimiento, el librado que paga anticipadamente lo hace por su cuenta y riesgo.

El pago se hará en la moneda fijada en el propio título cambiario y en caso de duda se aplicará la correspondiente al lugar de pago (artículo 47). Si el pago no se puede hacer en la moneda acordada por causa no imputable al deudor, podrá entregar el valor, en euros, de la suma de la letra, de acuerdo con el valor de cambio vendedor del día de vencimiento. En caso de demora en el pago por parte del obligado, el tenedor puede optar entre el cambio vendedor de la fecha de vencimiento o el mismo cambio en la fecha del pago (en las letras a la vista el día de vencimiento es el de la presentación).

Si la letra no se presenta al pago en los días determinados se puede consignar su importe en depósito, a disposición del tenedor y por su cuenta y riesgo, consignación que se puede hacer judicialmente o en una entidad de crédito, notario o agente mediador colegiado.

Si la letra se paga íntegramente, el que pague al vencimiento quedará liberado, a no ser que hubiera incurrido en dolo o culpa grave al apreciar la legitimación del tenedor, toda vez que tiene que comprobar la regularidad de la serie de endosos, pero no la autenticidad de las firmas.

Si no se paga se acudirá al protesto , que es una figura propia de la letra de cambio así lo dice el artículo 51.

C) LEGITIMACIÓN: El artículo 44 dice que si la letra tiene dos o más librados se presentará a los aceptantes, si los hubiere y, si no , a cualquiera de los librados; la falta de pago de todos los aceptantes o de un solo librado (si no se ha aceptado) será suficiente para atribuir al tenedor las acciones establecidas en la Ley para cuando la letra no sea pagada.

D) ACCIONES CAMBIARIAS. Lo esencial es examinar el artículo 49 que nos dice que la acción cambiaria puede ser directa contra el aceptante o sus avalistas, o de regreso contra cualquier otro obligado cambiario.

a) La acción directa supone que se va directamente contra el aceptante o avalista. Para entender este primer párrafo del artículo 49 hay que sentar un principio esencial de la letra de cambio recogido en el artículo 57: principio de solidaridad de todos los obligados cambiarios, que supone que todos los que hubieren librado, aceptado, endosado, o avalado una letra, responden solidariamente frente al tenedor. El portador de la letra puede proceder contra todas estas personas, individual o conjuntamente, sin necesidad de observar el orden en que se hayan obligado, más aún, intentada una acción contra cualquier obligado cambiario, ello no impide para proceder contra los demás, aunque sean posteriores en orden a la primera demanda (puede ampliar la demanda). Hay que determinar el procedimiento que se va a usar. Se puede utilizar el ejecutivo, que es el que normalmente se va a utilizar, o el procedimiento ordinario correspondiente, p.e. el monitorio.

b) La acción de regreso, regulada en el artículo 50 podrá ejercitarse contra los endosantes, el librado y demás personas obligadas una vez vencida la letra cuando el pago no se efectúe.

El artículo 49.2 ya nos anticipaba que la acción directa se ejercitará contra el aceptante y su avalista cuando no se haya efectuado el pago sin necesidad de protesto y utilizando tanto la vía ejecutiva como la ordinaria. El artículo 50 además dice que la acción de regreso se puede ejercitar por otros supuestos, no solo por la falta de pago; estos supuestos son:

- Cuando se hubiera denegado total o parcialmente la aceptación (si no aceptan la letra no tengo acción directa contra el aceptante o solo puedo ejercitarla por vía directa por la parte que han aceptado. Si no hay aceptante no hay vía directa y puedo abrir la vía de regreso).

- Cuando el librado, sea aceptante o no, se encuentre en suspensión de pagos, quiebra, concurso o resultare infructuoso el embargo de sus bienes.
- Cuando el librador de una letra cuya presentación a la aceptación haya sido prohibida, se encuentre en quiebra, suspensión de pago o concurso de acreedores.

En los supuestos segundo y tercero puede intentarse del juez la concesión de un plazo para el pago que no exceda del día de vencimiento de la letra. Normalmente basta con la presentación de la declaración de quiebra para poder abrir la vía de regreso.

Para usar la vía directa no es necesaria la sustentación de ningún proceso de procesabilidad especial.

Si lo que se quiere es usar la vía de regreso, como Principio General hay que proceder al protesto de la letra, aunque a veces se puede eludir. Esta determinación y su posible eliminación en algunos supuestos viene recogido esencialmente en el artículo 63 que dice : el tenedor perderá todas sus acciones contra los endosantes, librador y demás obligados cambiarios, con excepción del aceptante y su avalista, en los siguientes casos:

- Cuando no hubiere presentado dentro del plazo la letra girada a la vista o a un plazo desde la vista.
- Cuando siendo necesario no se hubiera levantado protesto o hecho declaración equivalente, por falta de aceptación o de pago.(supuesto del 50.2)
- Cuando no hubiera presentado la letra al pago dentro del plazo, en caso de haberse estipulado la devolución sin gastos.

Si no se presenta la letra a la aceptación en el plazo estipulado por el librador (en letras en las que se ha concretado que hay que presentarlas a la aceptación) el tenedor pierde todas las acciones, tanto por falta de pago como por falta de aceptación, salvo que el librador expresamente se hubiera exonerado exclusivamente de la garantía de al aceptación; si el que hubiera puesto el plazo es un endosante, solo le beneficiará a él la falta de presentación.

- No se paga la letra:
 - Vía directa contra el aceptante o avalista.
 - Vía de regreso contra el librador, endosantes o avalista de los anteriores
- Falta de aceptación: :
 - Vía de regreso. No se abre la vía directa porque no hay aceptación.

3. EL PROTESTO.

El protesto es el acto que sirve para acreditar que se ha producido la falta de aceptación o la falta de pago de la letra.

El protesto es un requisito necesario para abrir la vía de regreso, ahora bien, no es necesario en varios supuestos:

- Cuando aparezca en la letra la cláusula sin gastos, sin protesto equivalente (art. 56) según quien firme esa cláusula afectará a todos o a parte de los interesados como obligados en la letra; la cláusula sin gastos no prohíbe el protesto, lo que hace es exonerar de esa obligación.
- En los casos en que existe la llamada causa de fuerza mayor, regulados sobre todo por el artículo 64 , que básicamente establece, con carácter general la prorroga de los plazos para efectuar el protesto

cuando haya fuerza mayor y, si dicha fuerza mayor se perpetúa mas allá de los treinta días a contar desde la fecha del vencimiento, se puede abrir la vía de regreso sin necesidad de protesto.

- Tampoco es necesario en los supuestos del artículo 50 puntos b y c que recogen los llamados casos de regreso por falta de seguridad en el librado o en el librador.
- Con carácter general no es necesario protestar por falta de pago cuando se ha protestado por falta de aceptación, pero esto no es cierto al 100%.

La Ley Cambiaria del 85 ha permitido sustituir el protesto con los mismos efectos cambiarios a lo que denomina declaración que conste en la propia letra firmada y fechada por el librado, en la que deniegue la aceptación o el pago; la misma declaración con los mismos requisitos la puede efectuar el domiciliatario o la Cámara de Compensación, en este caso solo para negar el pago (ya que ni uno ni otra pueden aceptar), la Cámara de Compensación es el sistema que usan las entidades de crédito para efectuar el cobro o el pago de las distintas obligaciones reciprocas entre las mismas.

En todo caso, estas declaraciones tienen que realizarse en los mismos plazos establecidos para el protesto notarial, que vienen a ser más o menos ocho días hábiles.

Si el protesto es por falta de aceptación, debe realizarse en los mismos plazos fijados para la presentación a la aceptación o en los ocho días hábiles siguientes desde que terminó ese plazo

Si el protesto es por falta de pago y se trata de letras con día de vencimiento, debe protestarse en los ocho días siguientes hábiles al vencimiento de la letra. Si es una letra a la vista y, que por tanto nace ya vencida, se debe protestar en los mismos plazos que la falta de aceptación, es decir, los plazos fijados para la presentación del pago a la vista y los ocho días siguientes.

Si se protesta por falta de aceptación no es necesario protestar por falta de pago , puesto que ya se ha abierto la vía de regreso.

En los casos en que se produzca la apertura de la vía de regreso por falta de seguridad en el librado o en el librador, la presentación de la providencia, teniendo por solicitada la suspensión de pago, o el auto declarativo de la quiebra o del concurso de acreedores, exime del protesto.

CÓMO PROTESTAR

La forma en que se debe efectuar el protesto se recoge en los artículos 52, 53, 54 y 55.

Hay que decir que antes de la Ley del 85 el protesto era obligatorio siempre tanto para la vía directa como en la de regreso, salvo cuando se ponía la cláusula sin gastos.

Según el artículo 52 el protesto es notarial, es decir, hay que ir al notario; este artículo sigue diciendo que el protesto se pondrá dentro de los plazos del artículo 51 mediante acta en que se copia o reproduce la letra. En los dos días siguientes el notario debe notificar el protesto al librado por cedula que recoja todos los datos del mismo y se le indica el plazo del que dispone, según el artículo 53, para examinar el original, pagar o aceptar la letra y realizar las manifestaciones congruentes con el protesto. El plazo del artículo 53 sea cual sea la hora en que se haga la notificación, el notario retendrá en su poder la letra hasta las 14 horas del segundo día hábil siguiente al de la notificación. Durante ese tiempo se puede presentar el librado en la notaría, en horas de despacho.

Si el protesto recae sobre entidades de crédito donde está domiciliado el pago, estas tienen que remitir la notificación al librado en el plazo de dos días hábiles.

Si el protesto fuera por falta de pago, el pagador puede presentarse a pagar la letra en el despacho notarial en

el plazo que establece el artículo 53 (hasta las 14 horas del segundo día hábil desde la notificación), para pagar el importe de la letra no pagado y los gastos del protesto. Lo mismo ocurre si es por falta de aceptación, se aceptaría y la letra sigue su curso.

Si en este plazo del artículo 53 no se paga ni se acepta, en los cinco días hábiles siguientes a la expiración del plazo, el notario devuelve la letra al tenedor, si este no la retira directamente.

El artículo 54 nos dice que si la letra protestada contuviera indicaciones o fueran varios los librados, se notificará a todos ellos. Los indicados son personas referidas en la letra que sin constituirse en obligados cambiarios son mencionados en el título, con la finalidad de que acepten o paguen la letra en caso necesario.

El artículo 55 hace referencia a la necesidad de que el tenedor comunique a todos los afectados (endosante y librador) por la falta de aceptación o pago, básicamente el tenedor tiene que decírselo a su endosante y al librador en un plazo de ocho días hábiles que comienzan a contar si hay protesto notarial, desde la fecha de este, si lo que hay son declaraciones equivalentes, desde la fecha de esa declaración y si hay cláusula sin gastos, no hay necesidad de protesto, desde la fecha de la presentación infructuosa de la letra. En los dos días hábiles siguientes a esa notificación al endosante y al librador, cada endosante, como endosatario, se lo tiene que notificar a su respectivo endosante, hasta llegar hasta el librador. La falta de esta notificación no invalida la apertura de la vía de regreso, solo determinará determinadas posibles responsabilidades pecuniarias (reclamación de daños y perjuicios).

LA INTERVENCIÓN.

La intervención está regulada en los artículos 70 a 78 y se refiere a dos supuestos:

ACEPTACIÓN POR INTERVENCIÓN: la aceptación por intervención tiene por finalidad el evitar que el tenedor de la letra (ante la negativa del librado de aceptarla) pueda ejercitar sus acciones contra los obligados en vía de regreso, si tras la negativa del librado una persona se ofrece a aceptar la letra por cuenta de algún obligado en vía de regreso, el tenedor no puede ejercitar esa acción de regreso contra el obligado antes del vencimiento.

La aceptación por intervención se admite en todos los supuestos en los que el tenedor de una letra de cambio susceptible de aceptación, tenga abierta la vía de regreso antes del vencimiento.

La aceptación por intervención, que se ha de hacer constar en la letra, irá firmada por la persona que intervenga e indicará por cuenta de quién se ha intervenido. A falta de esta última indicación, la letra se entenderá aceptada por cuenta del librador.

El aceptante por intervención responde frente al tenedor de la letra y frente a los endosantes posteriores a la persona por cuya cuenta interviene.

La Ley Cambiaria distingue dos casos :

- Cuando en la letra se indique la persona que la acepte en caso de que sea necesario. El tenedor debe presentar la letra para que esa persona la acepte, de lo contrario pierde la acción de regreso anterior al vencimiento frente a quien hizo la indicación y frente a los firmantes posteriores.
- Cuando falte la indicación de esa persona: si el tenedor admite la intervención pierde las acciones que le hubieran correspondido antes del vencimiento por falta de aceptación contra aquel en cuyo nombre se haya dado la aceptación y contra los firmantes posteriores.

EL PAGO POR INTERVENCIÓN: Con el fin de evitar el ejercicio de la acción de regreso por parte del tenedor de la letra, la Ley Cambiaria prevé que intervenga una persona para pagar la letra. El pago habrá de

efectuarse, a más tardar, al día siguiente al último permitido para levantar protesto por falta de pago

Si intervienen varias personas a favor de los obligados cambiarios en vía de regreso debe darse preferencia al que libere mayor número de obligados.

La persona que realiza el pago por intervención adquiere todos los derechos que derivan de la letra contra el obligado cambiario por el que ha intervenido y contra todos los que responden frente a él.

Si presentamos una letra a la aceptación con cláusula sin gastos y no se acepta, hay que protestar la letra para concretar la fecha de presentación.

El artículo 58 nos dice que el tenedor puede reclamar a la persona contra la que ejercite la acción:

- el importe de la letra no aceptada o no pagada, con los intereses correspondientes sobre el importe.
- Los réditos de la cantidad anterior devengados desde la fecha de vencimiento de la letra, calculados a tipo de interés legal más dos puntos.
- Los demás gastos que se hayan causado como gastos de protesto, comunicaciones...

Si la acción se ejercita antes del vencimiento, se deberá deducir del importe el descuento correspondiente, ese descuento también se calcula al interés legal más dos puntos.

Lo que hace la Ley Cambiaria es dar rapidez a la exigibilidad de que nos paguen por falta de aceptación o de pago. Se preestablecen responsabilidades pecuniarias por incumplimiento de obligaciones; se trata de objetivizar la responsabilidad por dos vías:

- Se elimina el principio culpabilístico (no ha pagado ni ha aceptado, pues tiene que pagar intereses legales, se responde objetivamente).
- Se objetiviza la de la reclamación.

El artículo 59 nos dice que el que hubiere reembolsado la letra e cambio (se ha pagado la letra en vía de regreso) podrá reclamar de las personas que sean responsables frente a él:

- La cantidad íntegra que haya pagado.
- Los intereses de dicha cantidad al interés legal más dos puntos, desde que se pague.
- Los gastos realizados(hay gastos, por lo menos una reclamación extrajudicial).

Esta petición de reembolso se hace en base a que quienes hayan efectuado el pago en vía de regreso podrán dirigirse frente a los obligados cambiarios que estén en una situación de ser responsables frente a ese pagador, es lo que en su momento no determinamos y el programa llama pago recuperativo; lo recoge con carácter general el artículo 60 que dice que todo endosante que haya pagado una letra puede tachar su endoso y el de los endosantes subsiguientes, toda vez que los que han endosado la letra antes que el que ha pagado, están compelidos a la garantía del pago, salvo estipulación en contrario.

Los avalistas (art. 37) si pagan adquieren los derechos derivados por ese pago contra la misma persona avalada y contra los que sean responsables cambiariamente, respecto de ésta última persona.

TEMA 8

ACCION CAUSAL Y DE ENRIQUECIMIENTO Y SUS RELACIONES.

A) ACCION CAUSAL: Estamos detallando las acciones cambiarias, la explicación se refiere al ejercicio procesal de las acciones que se asientan en el título cambiario, ello no es impedimento para que y, tenedor de

una letra, no pueda cuando han acabado las acciones cambiarias o cuando son imposibles de utilizar (p. e. No presenta la letra con los requisitos exigidos o dentro de los plazos) siempre puedo intentar ejercitar una vía procesal, acción, que se asiente sobre el nexo causal preexistente al derecho cambiario, ahora bien, el tenedor que no se haya provisto de la cesión ordinaria de crédito mediante la correspondiente provisión de fondos en la letra, si no es el que motivó la obligación cambiaria, no tiene acción causal (p.e. el que vende la lavadora ha endosado la letra a C, como este no tiene relación directa con el nexo causal, no puede ejercitar la acción causal, salvo que diga que hace cesión mediante la provisión de fondos.).

B) ACCION DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.: esta acción se puede ejercitar cuando se han perdido todas las acciones (art. 65) cuando un tenedor pierde todas las acciones contra los obligados cambiarios, incluidas las causales, podrá dirigirse contra aquellos obligados que se hubieren enriquecido injustamente en su perjuicio. Esta acción prescribe a los tres años desde la extinción de las acciones cambiarias.

LETRA DE RESACA: Se regula en el artículo 62. se basa sobre cuando se pueda ejercitar la vía de regreso y siempre que no se haya puesto en la letra que se prohíbe. En este caso se puede girar una nueva letra a la vista contra cualquiera de los obligados en vía de regreso, en la que se incluirá, además de lo que exigen los artículos 57 y 59, el importe del timbre.

EXCEPCIONES.

En el artículo 67 se nos dice que la letra de cambio llevará aparejada ejecución a los efectos previstos en la LEC por la suma determinada en el título, conforme a los artículos 58, 59 y 62 de la presente Ley.

Con carácter general la Ley Cambiaria recoge en el artículo 67 dos tipos de excepciones:

- Excepciones personales: la letra de cambio es un título que recoge un derecho incorporado al mismo, que se adquiere con carácter originario y autónomo, de tal forma que el artículo 67 dice que el deudor cambiario puede oponer al tenedor exclusivamente las excepciones basadas en las relaciones entre ambos (entre deudor y tenedor), si resulta que ese deudor está compelido al pago por alguien que no es el que originariamente tuvo la relación con él, no puede oponerle estas excepciones, es decir, únicamente cabrán estas excepciones cuando al adquirir la letra, el tenedor procedió a sabiendas en perjuicio del deudor. Quien tiene que demostrar que existe una relación personal es el deudor).
- Excepciones reales: son las excepciones que se basan en defectos del propio título cambiario. El artículo 67 distingue tres supuestos:
 - Por la inexistencia o falta de validez de la propia declaración cambiaria, incluso la falsedad de firma (la carga de la prueba es de quien quiera alegarla).
 - Por la falta de legitimación del tenedor, es decir, no está amparado por una cadena regular de endoso, o por la falta de las formalidades necesarias de la letra de cambio.
 - Por que se ha extinguido el crédito cambiario.

Además de la Ley Cambiaria, la Ley de Crédito al Consumo, con la idea de defender al consumidor final, que está en una situación de total ajeneidad a la actividad empresarial, al que se permite presentar excepciones personales al proveedor o a aquel que recibió la letra de ese proveedor.

También se pueden usar estas excepciones personales contra la entidad que dé el crédito al consumidor, en razón de una relación directa del proveedor con el prestamista.

Hay que decir que la Ley de Crédito al Consumo se aplica a cantidades que van de 25.000 Pts. a 3.000.000..

PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD.

La Ley Cambiaria regula explícitamente una serie de prescripciones en los artículos 88 y 89, lo cual no significa que en la Ley Cambiaria no haya supuestos de caducidad, lo que ocurre es que no se determinan explícitamente (p.e. no presentar al pago una letra a la vista en el plazo de un año, no presentar la letra a la aceptación en los supuestos del artículo 63 porque pierdo las acciones de regreso).

- las acciones directas contra el aceptante prescriben a los tres años contados desde la fecha de vencimiento.
- Las acciones del tenedor contra los endosantes y el librador (acciones de regreso) prescriben al año desde la fecha de protesto o declaración equivalente, o desde la fecha de vencimiento en las letras con cláusula sin gastos.
- Las acciones de unos endosantes contra otros y contra el librador (pago recuperativo) prescriben a los seis meses desde el pago.

En la Ley Cambiaria el artículo 89 tiene la particularidad de remitirse en cuanto al 1973 CC que determina las formas de interrupción de la prescripción, porque el Código de Comercio en su artículo 944 dice que la reclamación extrajudicial no interrumpe la prescripción.

TEMA 9

EL CHEQUE.

PROVISIÓN Y CONVENCIÓN DEL CHEQUE.

Se denomina cheque al documento que contiene una orden incondicional de su librador a un banco de pagar a la vista a su tenedor legítimo una suma de dinero determinado.

La esencia del cheque es que el librado es un banco o entidad de crédito, que tenga fonos a disposición del librador y todo ello de conformidad con un acuerdo expreso o tácito pro el cual ese librador tiene derecho a disponer por un cheque de aquellos fondos (pacto de cheque).

El artículo 108 establece que el librado que tenga fondos a disposición del librador, en el momento del cobro, está obligado a su pago. Si solo dispone de una provisión parcial, estará obligado a entregar su importe.

El librador que emite un cheque sin tener provisión de fondos en poder del librado, deberá pagar al tenedor, además de esa suma, el 10 % de dicho importe no cubierto y la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. (desde el nuevo Código Penal el cheque al descubierto no es delito, pero antes sí.).

El banco no asume una obligación cambiaria, porque el artículo 109 declara que el cheque no puede ser aceptado y añade que cualquier fórmula de aceptación consignada en el cheque se reputa no escrita.

Con el fin de fortalecer la posición del tenedor, de manera que se impida la disposición por el librado de la provisión, aparece la conformación o visado del cheque. El artículo 110 prevé que el tenedor del cheque o el propio librador podrán solicitar del banco librado que preste su conformidad al mismo; cualquier mención de certificación, visado, y otra semejante firmada por el librado en el cheque, acredita la autenticidad de este y la existencia de fondos suficientes en la cuenta del librador.

EL TÍTULO

El cheque tiene que cumplir unos requisitos que se establecen en el artículo 106:

- Que se llame cheque en el texto del propio título. La denominación de cheque inserta en el texto mismo del título expresada en el idioma que se emplea para la redacción de dicho título.

- El mandato puro y simple de pagar una suma determinada en euros o moneda extranjera convertible.
- El nombre del que debe pagar, denominado librado, que obligatoriamente debe ser un banco.
- Le lugar de pago, si no se indica este será el que figura junto al nombre del librado.
- La fecha y el lugar de la emisión del cheque, si no se pone el lugar, se considera suscrito por el que aparece junto al nombre del librado.
- Firma del que expide el cheque, denominado librador. La Ley Cambiaria no hace ninguna determinación sobre la necesidad de comprobar la firma de ese librador, esta cuestión recae en el denominado pacto del cheque.

Según el artículo 109 el cheque no puede ser aceptado, el librado nunca se convierte en obligado en el título valor. Cuestión distinta es que se de la figura del cheque conformado, en el cual el banco, librado, acredite la autenticidad del cheque y la existencia de fondos suficientes en la cuenta del librador, fondos que debe retener hasta que venza el plazo fijado de presentación del cheque ; los cheques en principio tienen un plazo de presentación al pago de 15 días desde la fecha de emisión. Los cheques son pagaderos desde el momento de la emisión, se ponga la fecha que sea en el mismo.

Esencialmente el cheque es un título valor que básicamente va a continuar utilizando los mismos principios generales que la letra de cambio, con algunas especialidades.

EMISIÓN DEL CHEQUE. El artículo 111 dice que este puede ser librado para que se pague a:

- A persona determinada, con o sin cláusula a la orden.
- A persona determinada con cláusula no a la orden.
- Al portador.

Si se pone el nombre del tenedor e incluye la mención al portador , es un cheque al portador y, el cheque que cuando se presenta al cobro carezca de indicación de dicho tenedor, vale como cheque al portador .

De igual forma el cheque puede librarse :

- A favor o a la orden del mismo librador.
- Por cuenta de un tercero, a favor de un tercero.
- Contra el propio librador, siempre que el título se emita entre distintos establecimientos del mismo, entre cuentas corrientes y cuentas de ahorro entre distintas sucursales y con anuencia del banco.

En el cheque está prohibida la cláusula de intereses.

Si hay discrepancia entre la cuantía el cheque, se aplicaran los mismos criterios que en la letra, es decir, prima la cuantía establecida en letra frente a la establecida numéricamente y, si el importe está escrito varias veces en suma distinta, ya sea en letra, ya sea en números, prima la cantidad menor.

El artículo 116 remite al artículo 9 (letra de cambio) respecto al principio de autonomía de la declaración, por tanto se puede decir que en el cheque se aplica el principio de autonomía de cada declaración cambiaria.

A si mismo, se aplica el mismo criterio sobre el exceso o falta de representación que en la letra. Se trata en el artículo 117 cuando dice: el que pusiere su firma en un cheque , como representante de una persona sin poderes para obrar en nombre de ella, quedará obligado en virtud del cheque. Si lo pagara, tendrá los mismos derechos que hubiera tenido el supuesto representado. Lo mismo se entenderá del representante que hubiera excedido de sus poderes.

el librador es el que firma, normalmente solo va a haber una firma, porque es raro que haya endoso o aval, ya que el cheque no circula; el librador garantiza el pago y no puede exonerarse de esa garantía. En la Ley no se

cita la garantía de la aceptación, porque el cheque no se puede aceptar.

El artículo 119 establece que el librador garantiza el pago y el 118 establece que cuando un cheque, incompleto en el momento de su emisión, se hubiese completado contrariamente a los acuerdos celebrados, el incumplimiento de éstos acuerdos no podrá alegarse contra el tenedor, a menos que este haya adquirido el cheque de mala fe o con culpa grave.

LA CIRCULACIÓN DEL CHEQUE.

El artículo 120 nos dice que el cheque al portador se transmite por la tradición, además dice que todo cheque nominativo (a favor de una persona determinada) que no esté emitido a la orden, es transmisible mediante el endoso, no obstante un cheque al portador se puede endosar, para garantizar el pago o asegurar más la transmisión, para que quien endose garantice también el pago, porque también se aplican al cheque los mismos principios que vimos en el endoso pleno del título cambiario, que supone que el endoso puro, simple o pleno tiene que reflejarse en el cheque; también se aplican las mismas posibilidades que para la letra para el endoso en blanco y las consecuencias del endoso son las mismas. Ciertamente es que mientras que en la letra estas consecuencias tienen más importancia, porque es entre particulares, en el cheque como interviene una entidad de crédito, se van a poner más trabas.

Es de señalar el artículo 126 que establece que un endoso extendido sobre un cheque al portador hace responsable al endosante, a tenor de las disposiciones aplicables a la acción de regreso, lo cual implica que el cheque al portador también se puede endosar.

La Ley también recoge los endosos limitados, aunque aquí con la finalidad exclusiva de cobro.

EL AVAL

se regula en los artículos 131 a 133 y solo cabe decir que está estructurado de forma idéntica al aval en la letra.

PRESENTACIÓN Y PAGO DEL CHEQUE.

El artículo 134 nos dice que el cheque es pagadero a la vista y cualquier mención contraria se reputa como no escrita. Si el cheque es presentado al pago antes del día indicado como fecha de emisión, es pagadero el día de esa presentación.

Los cheques emitidos y pagaderos en España deben ser presentados a su pago en quince días. Si está emitido en el extranjero y es pagadero en España, tiene un plazo de 20 días si fue emitido en Europa, si fue emitido en el resto del mundo tiene un plazo de 60 días. Estos plazos se computan a partir de la fecha de emisión y no son plazos de caducidad, sino que son plazos que permiten, ultimados y no cobrados los mismos, la revocación del título por parte del librado. Transcurrido ese plazo si son revocables, lo cual no implica que si se presenta al pago después de ese plazo sea pagadero (si se presenta después de 15 días se tiene que pagar) Si no hay revocación el librado puede pagar aún después de la expiración del plazo.

Dice el 140 que el librado podrá exigir el pago del cheque con el recibí del portador y se presume que el cheque que después del vencimiento se haya en poder del librado, está pagado.

El portador no puede rechazar un pago parcial.

CHEQUES ESPECIALES.

Con el fin de evitar el extravío o la sustracción del cheque, se admiten ciertas cláusulas que restringen, pero

no impiden, la transmisión del cheque, en cuanto que solo van a estar legitimados para cobrarlo determinados sujetos. Estos cheques especiales son el cheque cruzado y el cheque para abonar en cuenta, que se regulan en los artículos 143 a 145.

A) EL CHEQUE CRUZADO. Tiene la finalidad de evitar en lo posible que pueda ser cobrado por un titular no legítimamente predeterminado para ello. Básicamente como su nombre indica, el cheque cruzado se realiza a través de cruzarlo por medio de dos barras paralelas en el anverso, de modo que el librado solo puede pagarlo a determinadas personas. La Ley distingue entre:

- Cheques cruzados generales: se da cuando no contiene entre las dos barras designación alguna, en cuyo caso el librado no podrá pagar el cheque más que a un banco o a un cliente del propio librado.
- Cheque cruzado especial, si entre las barras se escribe el nombre de un banco determinado, en cuyo caso el librado solo puede pagar el cheque al banco designado, o si éste es el mismo librado, a un cliente suyo. La Ley Cambiaria dice que un banco no puede adquirir cheque cruzado, más que de sus propios clientes o de otro banco.

Normalmente se cruzan cheques al portador.

B) CHEQUE PARA ABONAR EN CUENTA.

Tiene por finalidad imposibilitar el cobro del mismo en ventanilla, es decir, no se puede abonar en efectivo, lo cual se consigue mediante la indicación en el anverso de expresiones como: para abonar en cuenta o alguna equivalente. Como no se puede abonar el cheque en efectivo, solo se puede hacer mediante una anotación contable, el librado (banco) tiene que hacer un asiento en su contabilidad.

ACCIONES POSIBLES Y FALTA DE PAGO.

De igual manera podemos remitirnos a la letra de cambio, en cuanto a las acciones de regreso, ya que no hay acción directa, puesto que en el cheque no hay aceptación.

El tenedor del cheque, que como sabemos, no puede dirigirse cambiariamente contra el librado, tiene una acción de regreso contra los endosantes, el librador y los avalistas de estos.

La acción cambiaria de regreso tiene como presupuesto que se haya presentado el cheque al cobro en tiempo hábil y que la falta de pago se acredite mediante protesto o una declaración equivalente.

No obstante el artículo 146 deja claro que el tenedor no pierde los derechos contra el librador, aunque el cheque no se presente en el tiempo hábil, o no e haya levantado el protesto.

PRESCRIPCIÓN.

El plazo de prescripción de la acción del tenedor contra los endosantes, el librador y demás obligados es de seis meses, contados desde la expiración del plazo de presentación (15, 30 ó 60 días). Si se trata de acciones entre los obligados cambiarios (pagos recuperativos), el plazo de prescripción también es de seis meses pero empieza a contar desde que se pagó el cheque.

TEMA 10

EL PAGARÉ.

CONCEPTO Y FUNCION ECONOMICA.

El pagaré es un título valor, en el cual su creador adquiere el compromiso personal y futuro de pagar la cantidad que en dicho documento se establezca, por ello el pagaré es un título básicamente utilizado en el tráfico comercial como instrumento de pago diferido y en muchos casos, fraccionado. La finalidad es la promesa de pago futuro que hace el firmante de documento. En esta definición se engloban tanto los pagarés recogidos en la Ley Cambiaria y del Cheque, que están dotados de las características previstas en dicho texto y por otro lado, se engloba también una posibilidad de financiación de los supuestos. Esta segunda posibilidad es una fórmula por la que la entidad emisora se compromete a devolver una determinada cantidad en el momento actual y el desembolso en el momento de la suscripción de la cantidad devolver menos el correspondiente descuento. (la entidad emisora coloca en el mercado estos títulos

A un interés previamente asumido, el cual no era pagado al finalizar el periodo de compromiso del título, sino que era previamente descontada la cantidad en que se valoraban los intereses).

REQUISITOS.

La Ley Cambiaria es la primera normativa española que regula detalladamente esta figura, en sus artículos 94 a 97.. es en el artículo 9 donde se recogen los requisitos exigidos a un pagaré.

- La denominación del pagaré inserta en el texto mismo del título y expresada en el idioma empleado para la redacción de dicho título.
- La promesa pura y simple de pagar una cantidad determinada en euros o moneda convertible.
- La indicación del vencimiento, como en tantas otras cosas se usa las mismas formas de vencimiento que en la letra, pero con una diferencia en el pagaré a un plazo desde la vista: mientras que en las letras a un plazo desde la vista es obligatorio presentarlas a la aceptación, porque si no se acepta se protesta para fijar la fecha, como en el pagaré no hay aceptación, lo que se hace es una presentación al firmante en los mismos plazos que en el artículo 27; para que se formule el llamado visto o expresión equivalente y se firme.
- El lugar en que el pago se tenga que satisfacer.
- El nombre de la persona que ha de hacer el pago o a cuya orden se ha de efectuar.
- La fecha y el lugar en que se firma el pagaré.
- La firma del que emite el título, que aquí se llama firmante. Esta firma determina la obligatoriedad de pago por parte de ese interesado, es el responsable de la falta de pago, total o parcial.
- Por otro lado la Ley Cambiaria remite a la aplicación al pagaré del endoso cambiario, las formas de vencimiento, el pago, las acciones por falta de pago y la prescripción a lo establecido para la regulación de la letra de cambio. También se aplica la doctrina del aval: si no se señala la personaavalada, se entenderá que ésta es el firmante del pagaré.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

TEMA 11

TEORIA GENERAL

1. DERECHO ESPAÑOL.

ESPECIALIDADES Y SUPUESTAS ESPECIALIDADES EN EL REGIMEN GENERAL DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

El ordenamiento jurídico español en cuanto al derecho privado, se basa en la especialidad de las obligaciones y contratos mercantiles. Mantenemos la separación del derecho privado pero con la idea de que es una especialidad. así lo dice el artículo 2 el Código de Comercio y esencialmente el artículo 50 porque hablamos de obligaciones y contratos donde la relación con el derecho civil es muy evidente. *El artículo 50 establece,

al referirse alas disposiciones generales sobre los contratos de comercio. Que en todo lo relativo a los requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, los contratos mercantiles se registrarán en todo lo que no se halle establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas del Derecho Común. Teniendo en cuenta que el Código de Comercio por razón de su antigüedad regula muy escasas especialidades mercantiles, provoca que en la actualidad sea una de las materias donde con más urgencia se requiera una reforma legislativa.

Hay instituciones que no están recogidas en el Código de Comercio y que ya son demandadas unánimemente, como ocurre con la responsabilidad objetiva , que se ha avanzado en la legislación especial, en algunas actividades el propio riesgo de las mismas ha determinado ese tipo de responsabilidad, como la responsabilidad por uso de vehículos de motor, la industria farmacéutica, la alimenticia, los productos infantiles..., p.e. también se plantea que en el ámbito mercantil se codifiquen instituciones con la responsabilidad solidaria, o también la aplicación automática de intereses o la quiebra del favor debitoris.

En el mundo de las obligaciones los principios generales son únicos en todo el derecho privado, por ello en legislaciones como la suiza o la italiana se ha dado una tendencia hacia un tratamiento unitario de las obligaciones y contratos con una recepción por parte del Derecho Civil de las normas mercantiles., por ello se habla de una comercialización del Derecho Civil.

Nuestro Código de Comercio contiene pocos artículos sobre las especialidades de los contratos mercantiles, básicamente se recogen en los artículos 50 a 62. esta escasez de normas va a determinar que haya que realizar continuas remisiones, bien al mundo de las obligaciones civiles, bien al mundo de los contratos.

ESPECIALIDADES EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.

De acuerdo con el Código de Comercio se dan las siguientes especialidades:

- En cuanto al **cumplimiento de las obligaciones mercantiles** (art. 61) se establece la prohibición de reconocer términos de gracia, cortesía y otros que por cualquier denominación difieran al cumplimiento de las obligaciones mercantiles, modificando la posibilidad recogida en el Código Civil, en los que se admite la presencia de esos términos que difieran el cumplimiento de las obligaciones. En el mismo orden del cumplimiento de las obligaciones mercantiles, el artículo 62 dice que aquellas obligaciones que no tengan término prefijado, serán exigibles a los 10 días de contraído, si llevan aparejada acción ordinaria y de modo obligatorio y, al día siguiente si lleva aparejada acción procesal.
- **Morosidad en el cumplimiento de las obligaciones:** básicamente se entiende por morosidad cuando tenemos una obligación vencida y haya un retraso culpable en el cumplimiento, este es el criterio general del Código Civil. En el ámbito mercantil parece en principio, de acuerdo con el artículo 63, que la mora es automática, no es necesario que se demuestre la morosidad, así ,el 63.1 dice que los efectos de la morosidad en los contratos con día señalado de vencimiento surge al día siguiente de su nacimiento, que es el mismo día en que se convierte en exigible. Si la obligación no tuviese término de vencimiento será necesaria la interpolación al deudor y esta morosidad concretamente permite la exigencia de daños y perjuicios.
- **La prescripción:** el articulo 954 Código de Comercio no recoge la interrupción de al prescripción a través de la interpolación extrajudicial.
- Los problemas que se suscitan en la **formación contractual:** en el ámbito mercantil la publicidad es un medio usual en la mecánica de las formas contractuales, la Ley General de Publicidad establece la prohibición de publicidad engañosa,, El problema ha surgido tradicionalmente en los que se denomina contratos ente ausentes. Existía una discrepancia entre la regulación del artículo 54 Código de Comercio y el 1262 del Código Civil ya que no establecían los mismos criterios. La Ley 34/ 2002de 11 de Julio de Seguridad de la Sociedad , de la información y del Comercio Electrónico ha dado una nueva redacción a ambos artículos que dicen lo siguiente: hallándose en lugares distintos el

que hizo la oferta y el que la acepto, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que habiéndosela remitido el aceptante no puede ignorarla sin faltar a la buena fe, entendiéndose que el contrato se ha celebrado en el lugar en el que se realiza la oferta. Esto se acerca más al Código Civil pero es una teoría mixta. Esa Ley 34/2002 dice que cuando se celebren los contratos de forma electrónica en los que intervenga un consumidor, se presumen celebrados en la residencia habitual del consumidor.

Igualmente el artículo 54.2 Código de Comercio dice ahora, que los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, se entiende que existe el consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.

También hay que citar la Ley de Condiciones Generales de Contratación Ley 4/98 que cita la contratación por vía telefónica o electrónica remitiendo a la vía reglamentaria que debe entenderse se encuentra recogida en un Real Decreto 1906/1999 que se limita a los contratos concluidos por vía telefónica, electrónica o telemática con condiciones generales. En este caso la contratación entre ausentes, el predisponente ha de comunicar al adherente el texto concreto y completo de las condiciones. Hay que anticiparlo aproximadamente tres días naturales antes. Una vez concluido el contrato, el predisponente debe enviar al adherente por escrito o por medio de soporte duradero el texto íntegro del contrato y una vez recibido tiene siete días para celebrarlo y perfeccionarlo.

- **Forma de los contratos:** en el Derecho Mercantil rige, al igual que en el Derecho Civil, el principio de libertad de forma; así se recoge el artículo 51 Código de Comercio.

Ya el artículo 52 exceptúa este principio de libertad de forma para cuando así lo exija la normativa en vigor o la legislación extranjera que deba aplicarse al contrato. Esas exigencias de forma en unos casos son exigencias únicamente para la prueba o son formas solemnes que motivan la nulidad o la sanción por su cumplimiento; ejemplos típicos e formas solemnes serían las sociedades anónimas o las de responsabilidad limitada que motivan la figura de la sociedad regular, porque hay que formar la sociedad conforme a unos requisitos que son solemnes. Hay otros casos como la fianza mercantil, que se tiene que hacer por escrito, porque sino no hay fianza.. formas solemnes son también las exigidas en la Ley Cambiaria, en el pagaré o en el cheque, sino se cumplen los requisitos no tiene esos títulos valores, o p.e. la hipoteca mobiliaria, la prenda, la hipoteca naval o de aeronave.

La mencionada Ley 34/2002 manteniendo el principio de libertad de forma, declara la eficacia del consentimiento prestado por vía electrónica.

- **La prueba:** el artículo 51 Código de Comercio determina que se aplicaran en el ámbito mercantil los medios e prueba previstos en el Derecho Común, remisión que hay que matizar en el sentido de que los medios e prueba aplicables son los previstos en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, donde p.e se ha recogido como medio e prueba los sistemas de reproducción de la palabra, imagen y sonido y de igual forma, se ha modificado la previsión del Código de Comercio toda vez que el reconocimiento de los libros de contabilidad puede hacerse por soporte informático.

También son de especial interés las referencias a la Ley General del Consumidor y a la Ley de Comercio Minorista, donde se explicitan las obligaciones que asumen los empresarios respecto a la entrega a los consumidores del correspondiente documento contractual que haga prueba del mismo.

También hay que referir que la Ley de Comercio Minorista exige la expedición de factura cuando el contrato no se perfeccione de manera simultánea con la entrega del objeto o la prestación del servicio. De igual manera se exige que en dicha factura aparezcan las garantías que se conceden al consumidor y a parte del precio satisfecha. Si son facturas entre profesionales del comercio, debe indicarse en la factura los plazos en los que deben pagarse las mercancías, facturas que deben hacerse llegar a los comerciantes antes de que se cumplan 30 días desde que se entregaron las mercancías.

- **Interpretación de los contratos** el artículo 57 Código de Comercio dice que deben interpretarse de acuerdo a las reglas e la buena fe, que es como no decir nada, y que debemos tener presente lo establecido en el Código Civil sobre la interpretación contractual, en concreto los artículos 1281 y siguientes.

Lo que si dice el Tribunal Supremo es que solo debe interpretarse aquello que no es directamente deducible del contenido contractual.

El CC obliga siempre a interpretar los contratos a favor del deudor, cuando sea imposible resolver las dudas.

TRANSFERENCIA DE CRÉDITOS.

Hay un aspecto que afecta a la transferencia de créditos, que es aquellos supuestos en los que hay una cesión contractual, lo que hacemos es transferir no solo el ámbito obligacional del contrato(transmito mi posición acreedora a un tercero) sino que también debemos observar la modificación y trasfencia del ámbito deudor. Nuestro CC parte del principio de que la cesión de un contrato implica la novación contractual (hay nuevo contrato ratificando los mismos criterios de sustantación del contrato), no obstante la realidad ha motivado que haya transferencias contractuales sin que haya esa novación contractual, p.e. la sucesión de empresa recogida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y es que cuando se transfieren los contratos de los trabajadores que hay en la empresa no hay novación, hay que mantener los mismos principios que el contrato anterior. Lo mismo ocurre en la transferencia de los contratos de seguro cuando no son los obligatorios y en la fusión de una sociedad capitalista, donde se mantiene la misma persona jurídica y la nueva entidad asumirá todos los derechos y obligaciones de la anterior; en estos casos no se hace un nuevo contrato

DIRECTRICES ACTUALES DE LAS ESPECIALIDADES.

• LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y LA ATIPICIDAD.

El Derecho Mercantil es un derecho en constante evolución, de tal forma que se da, como en pocas especialidades la utilización del principio de libertad de forma, lo cual implica la presencia e la atipicidad, es decir la mayoría de los contratos mercantiles son atípicos.

Las razones de la existencia de libertad en la creación de nuevos tipos contractuales se debe a varias razones:

- Debido al aumento de nuevos objetos contractuales p.e. la ampliación de la propiedad intelectual, ya que antes solo estaba el derecho de edición y hoy ha llegado ya hasta proteger el software.
- La propia actividad empresarial que da lugar a que se utilicen nuevos contratos.
- La influencia del derecho norteamericano, donde se crean muchos contratos permanentemente.

De todos modos el tema de la tipicidad es un asunto meramente interpretativo, solo planteará problemas cuando haya que interpretar el contenido contractual. En España, teóricamente, se siguen dos pautas interpretativas:

- La teoría de la absorción: supone que un contrato se asemeja mucho al que estamos creando, p.e. el renting que es un arrendamiento.
- La teoría de la combinación: se utilizan varios contrato y se sacan las partes que se pueden aplicar al nuevo.

• LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

Las condiciones generales de contratación son aquellas cláusulas contractuales predispuestas por uno de los contratantes, que se aplican a todo un ámbito contractual (art. 1 Ley de Condiciones Generales de

Contratación.), son las cláusulas que e modo repetitivo aparecen den determinaos contratos, siendo característico de las mismas que su elaboración se efectúe de manera unilateral por una de las partes.

Lo esencial de las condiciones generales de contratación es que son impuestas a uno de los contratantes, de tal manera que se quiebra el principio esencial de la negociación del contenido del contrato, lo cual incide en el posible abuso por parte del que imperativamente determina que se aplique al referido contrato

El problema fundamental incide sobre la ausencia de negociación entre las partes de dichas condiciones, son por ello contratos de adhesión, lo que motiva que, sin abandonar nunca el ámbito estrictamente contractual, son frecuentes los abusos, determinándose por el derecho positivo cláusulas de defensa de los consumidores. Hay que tener en cuenta que aquí la palabra consumidor tiene el sentido más amplio posible, no es el consumidor final, sino que son todo tipo de consumidores..El artículo 2 establece que la Ley de condiciones generales de contratación será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales, celebrados entre un profesional (predisponente) y cualquier persona física o jurídica (adherente). Se excluyen los contratos administrativos, los de trabajo, los de constitución de sociedades, los que regulan relaciones familiares y los contratos sucesorios.

Si nos encontramos ante cláusulas que se aplican a un consumidor final, debemos aplicar la Ley General del Consumidor, más concretamente el artículo 10 bis donde se recogen las cláusulas abusivas, que son nulas de pleno derecho, entendiendo que lo que son nulas son las cláusulas, no el contrato.

MODALIDADES DE CONTROL

La Ley de condiciones generales de contratación ha establecido un control de las mismas por medio de la creación de un registro de condiciones generales de contratación.

Además la Ley ha regulado unas acciones colectivas que podrán ejercitar determinadas entidades con la finalidad de que los jueces impidan la utilización de condiciones generales que sean contrarias a la Ley; estas acciones son: la acción de cesación, la acción de retractación y la acción declarativa.

Por otro lado la Ley de condiciones generales de contratación ha modificado la Ley 26/1984 (Ley General del Consumidor) con una nueva redacción de su artículo 10 y ha introducido el artículo 10 bis que nos da una noción de cláusulas abusivas, diciendo que son todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe cause, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, que se deriven del contrato.

REGIMEN JURÍDICO.

– El adherente en todo caso ha de ser informado expresamente acerca de la existencia de las condiciones generales y tener la oportunidad real de conocer su contenido. Para que estas condiciones se incorporen a un contrato será necesario que el adherente haya manifestado su aceptación a las mismas y la firma de todas las partes del contrato. Cuando el contrato no se formalice por escrito, pero con la presencia el adherente en un determinado local donde se encuentre el predisponente, bastara con que las condiciones estén anunciadas en un lugar visible de ese local o de cualquier otra forma que garantice al adherente la posibilidad de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración del contrato. En los casos de contratación telefónica o electrónica la aceptación de toas las condiciones generales de contratación será necesaria para que se entiendan incorporadas las condiciones generales, y para ello cuando el adherente sea un consumidor, el predisponente ha de enviarle una justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.

– El artículo 6 establece que cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán las particulares sobre las generales. Las

dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente.

- El artículo 8 establece que serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan, en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva y en particular serán nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor.

INCIDENCIA DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA.

El principio general del derecho privado se asienta sobre la absoluta libertad de negociación de las partes. No obstante el Derecho Público interviene en la negociación privada, esencialmente a través de tres vías:

- Toda la actividad de defensa al consumidos.
- El intervencionismo económico, esto varía según el criterio. Nuestra Constitución dice que toda riqueza estatal, esté al servicio de la Nación (no como antes donde se intervenía el precio del pan, de los carburantes, el gas...)
- Aunque sea una faceta de la vía anterior: la enorme importancia del derecho fiscal; el Estado regula una determinada actividad contractual porque fiscalmente se le escapa de las manos, por lo que olvidan de todo lo demás.

TEMA 13

CONTRATO DE COMPRAVENTA Y AFINES I.

INTRODUCCIÓN.

A) CUESTIONES GENERALES El Código de Comercio recoge el contrato de la compraventa mercantil como el contrato más importante y más frecuente del ámbito comercial. La compraventa es un contrato que, históricamente adquiere relevancia cuando aparece una sociedad estructurada, en la cual un determinado poder emite dinero.

La compraventa es un contrato sinalagmático(las dos partes deben hacer algo), por el cual una persona se obliga a entregar una cosa a la otra que se compromete a pagar un precio

B) MERCANTILIDAD: El Código de Comercio deslinda lo mercantil de lo civil mediante la doctrina de los actos de comercio

En el caso de la compraventa para conocer qué contrato debe recibir tal nombre hay que dirigirse al CC, específicamente al 1445 donde dice que el contrato de compraventa es aquel por el que uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro contratante a pagar por ella un precio cierto en dinero o signo que lo represente. El Código de Comercio lo que hace es en el artículo 325 decirnos qué es mercantil así, será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas. Bien en la misma forma en que se compraron, bien en otra diferente, con ánimo de lucro en esa reventa.

Por tanto no se exige para que una compraventa sea mercantil más allá que la adquisición de los bienes muebles para revenderlos con lucro (en principio no hace referencia a la intervención de comerciantes o empresarios)

El problema esencial que se plantea es concretar si la propia reventa es o no mercantil. Para aclararnos esto tenemos al artículo 326 Código de Comercio que nos dice que no se reputarán mercantiles:

- Las compras de efectos destinados al consumo del comprador, es decir, las compras para el consumo,

que parece claramente que son compras civiles.

- Las ventas que hagan los propietarios y los labradores o los ganaderos, de los frutos o productos de sus cosechas o ganados o de las especies en que se paguen las rentas.
- Tampoco son mercantiles las ventas que hagan los artesanos de los objetos por ellos fabricados en sus propios talleres.

Hay que decir que estos dos últimos puntos no son mercantiles por razones de carácter histórico, ya que son actividades que tradicionalmente no eran comerciales.

- La reventa que haga cualquier persona no comerciante, del resto de los acopios que hizo para su consumo. De este punto la doctrina interpretó a sensu contrario que la reventa hecha por el comerciante será mercantil.

Hay un gran debate sobre la mercantilidad de la reventa. La doctrina mayoritaria mercantil que sostiene que la delimitación de la mercantilidad se inscribe en la teoría de la empresa determinaría que la reventa es mercantil, ya que está dentro de lo que hace la empresa.

Los civilistas sostienen que como la reventa entra en el consumo deberíamos inscribirla en el Derecho Común

El Tribunal Supremo en la interpretación de la mercantilidad de la reventa suele adoptar una posición básicamente dirigida a entenderla incluida en el ámbito civil, exclusivamente ha planteado la posibilidad de que la reventa caiga en el ámbito de lo mercantil cuando los objetos muebles adquiridos lo han sido directamente dirigidos a lo que se entiende la industria de la transformación, ejemplos de esto último sería la adquisición de materias primas para, mediante el correspondiente proceso transformador, revenderlas a otros empresarios. Aquí siempre nos encontramos con supuestos difíciles de enmarcar en uno u otro ámbito, la razón es que no es puramente doctrinal, porque si lo metemos en uno u otro, los problemas soluciones serán diferentes.

ELEMENTOS DEL CONTRATO.

A) ELEMENTOS PERSONALES Y EL CONSENTIMIENTO.: En principio al ser el objeto de la compraventa mercantil los bienes muebles, no se exigiría una capacidad especial, aunque el Código de Comercio exige para el ejercicio del comercio la plena capacidad de obrar.

El contrato de compraventa mercantil es consensual y se perfecciona cuando hay acuerdo sobre el precio y sobre el objeto.

El consentimiento está sometido a los mismos vicios que los recogidos en la teoría general de los contratos (error, violencia...),

CLAUSULAS SALVO CONFIRMACIÓN DE LA CASA Y SALVO VENTA.

Hay que partir del principio de que el contrato de compraventa es consensual, se perfecciona por la concordancia de voluntades sobre el objeto y el precio.

- Las cláusulas salvo confirmación e la casa se producen cuando quien procede a la venta de los objetos se reserva la condición de que la compraventa tenga que ser confirmada por aquel a quien representa, de tal forma que nos encontramos ante una condición suspensiva de la eficacia del contrato (el contrato no es perfecto hasta que no se confirme). También se puede entender que más que una condición suspensiva estamos ante un contrato en formación que culminará con la referida confirmación.
- Las cláusulas salvo venta son aquellas en las que el comprador se reserva la posibilidad de resolver el

contrato si , en un plazo predeterminado, no logra revender el objeto de la compraventa. Es lo contrario a las cláusulas anteriores. Aquí existe una condición resolutoria del contrato para la hipótesis de que transcurrido un plazo preestablecido, el comprador no haya podido proceder a la reventa.

VENTAS A ENSAYO O PRUEBA.

Estas compraventas recaen sobre aquellos objetos que no se tienen a la vista ni pueden clasificarse por una calidad determinada y conocida en el mercado.

Básicamente se encuentran recogidos en el artículo 328.2 Código de Comercio cuando dice que también tendrá el comprador el derecho de rescisión si por pacto expreso se hubiere reservado ensayar el género contratado. En este supuesto, teóricamente ese comprador tras actuar como un árbitro de buena fe puede libremente proceder a la rescisión contractual (pero una vez que lo haya ensayado o probado y evaluado objetivamente).

Supuesto distinto es el recogido en el artículo 328.1 Código de Comercio, esencialmente dirigido a esos objetos que ni se tiene presentes ni se conocen en el mercado por una calidad predeterminada y, que de acuerdo con ese artículo permiten al comprador rescindir libremente el contrato si los géneros no le convencieran. Supuesto que indica un momento de perfección contractual, toda vez que de acuerdo con el art. 115 CC está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico el dejar el cumplimiento de las obligaciones al arbitrio del deudor.

OFERTAS AL PÚBLICO Y VENTA EN SUBASTA.

En este punto básicamente hay dos textos fundamentales:

- La Ley 7/1996 de 15 de enero de Ordenación del comercio minorista.
- La Ley 26/1991 de 21 de noviembre sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.

Ofertas al público. La Ley 26/91 en su artículo 1 nos dice que esta Ley será de aplicación e los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor en alguna de las siguientes circunstancias:

- cuando tengan lugar fuera del establecimiento mercantil del empresario, bien los celebre el mismo empresario o un tercero que actúe por su cuenta.
- Que se celebre en la vivienda del consumidor o de otro consumidor o en su centro de trabajo.
- Que se celebre en un medio e transporte público.

En cuanto a la Ley 7/96 debemos partir del principio de que la oferta al público vincula al oferente. Esta Ley de comercio minorista en principio prohíbe la venta al por menor además de a quienes está prohibido específicamente, a los empresarios a quienes la normativa especial de la actividad que desarrollan les exija dedicarse exclusivamente a la misma. Expresamente se prohíbe la exposición y venta de mercancías al comprador, a personas cuya actividad sea distinta a la comercial y que tengan como finalidad la realización de préstamos, depósitos u operaciones análogas, siempre que las operaciones comerciales no estén necesariamente vinculadas.

Con carácter general siempre que se proceda a una oferta pública de venta o de exposición de artículos en establecimientos comerciales constituye a su titular en la obligación de proceder a su venta a favor del demandante que cumpla las condiciones.

Solo se exceptúan los objetos que se advierta expresamente que no se venden o que claramente formen parte

de la instalación.

Estos contratos de esta Ley en principio no están sujetos a ningún tipo de formalidad, salvo cuando la perfección contractual no sea simultánea a la entrega del objeto, o cuando el comprador se reserve el derecho de rescisión, porque en este caso tiene que darle factura, recibo y otro documento análogo y, en su caso la parte del precio ya satisfecho.

En el tema de garantías y seguridad postventa además de lo que dice la Ley General del Consumidor, el plazo mínimo de garantía para bienes duraderos son seis meses desde la recepción del artículo, salvo que la naturaleza del mismo lo impida. Además el productor o en su defecto el importado garantizará en todo caso la existencia de un adecuado servicio técnico y suministro de pieza por un plazo mínimo de cinco años desde que el producto deje de fabricarse.

Teóricamente dentro del principio de libertad de precio se prohíben las ventas a pérdidas.

En los anuncios de promoción de ventas, ventas en rebajas, ventas en oferta a promoción, ventas de saldos, ventas en liquidación, ventas con obsequio y ofertas de venta directa deberá especificarse su duración y en sus casos, las reglas especiales aplicables a ellas, siendo engañosa la oferta de productos con premio o reglo cuando el consumidor no reciba real y efectivamente lo que razonablemente esperaba recibir de la oferta (Art., 19.3.

Las ventas en rebajas son aquellas que se realizan en un establecimiento donde se ejerce habitualmente la actividad comercial, y se venden los productos a un precio inferior al fijado antes de dicha venta. En esta Ley se dice que las rebajas serán solo en dos periodos anuales. En estas ventas de rebajas los objetos deberían estar incluidos en un periodo mínimo de un mes en la oferta habitual de ventas y no deben haber sido antes objeto de promoción.

La venta en subasta: se llama venta en pública subasta aquella que consiste en ofertar pública e irrevocablemente la venta de un bien a quien ofrezca, mediante el sistema de pujas y dentro del plazo concedido al efecto, el precio más alto por encima de un mínimo.

Las ventas de este tipo se aplicarán por aquellas empresas que se dediquen habitualmente a esta actividad o al comercio al por menor.

La oferta en subasta deberá contener una descripción veraz de los objetos que salen a subasta y si son objetos de arte o de valor, deberá expresamente hacer constar que puede ser una imitación o un objeto que aparentemente es precioso y no lo es. Si se vende como autor también hay que certificarlo porque existe posibilidad de fraude.

• **OBJETO.**

LICITUD:

El objeto de la compraventa tiene que ser lícito, que se encuentre en el comercio de los hombres, incluyendo dentro de esa licitud aquellos objetos cuya comercialización se encuentra restringida o limitada.

De acuerdo con el Código de Comercio la compraventa debe recaer sobre cosas muebles, en razón de que en el momento de creación del Código la propiedad inmobiliaria no era objeto de tráfico especulativo que tuviera una importancia determinada en el comercio.

PROBLEMAS DE DETERMINACIÓN EN EL TRAFICO, LA VENTA SOBRE MUESTRAS EN PARTICULAR.

El ámbito mobiliario no solo recae sobre las cosas que lo son físicamente, sino también lo que hemos adscrito a esa categoría desde el punto de vista jurídico (p.e. la anotación en cuenta)

El artículo 327 Código de Comercio dice que si la venta se hiciera sobre muestras o determinando calidad conocida en el comercio, el comprador no podrá rehusar el recibo de los géneros contratados,, si fueran conformes a las muestras o a la calidad prefijada en el contrato. Estamos ante un supuesto fáctico en el que estamos prestableciendo de manera contractual la concreción exacta del objeto de la compraventa; no nos encontramos ante otros supuestos similares como p.e. la llamada venta sobre tipo de muestras, en la cual estamos solo circunscribiendo el contrato a un objeto mucho más amplio.

Si el comprador se niega a recibir los objetos, se nombrarán peritos por ambas partes que decidirán si los géneros son o no de recibo.

Como la LEC no lo regula, se sigue aplicando la antigua en el ámbito de la jurisdicción voluntaria.

EL PRECIO.

En nuestra compraventa se estima que el precio pactado por las partes es siempre justo, de tal manera, que no se admite la rescisión por lesión para alguna de las partes porque el precio acordado sea lesivo.

Si se entregan cantidades a cuenta (arras), según el artículo 343 estas siempre se reputan, salvo prueba en contrario, que se entregan a cuenta del precio y en prueba de la ratificación del contrato. La no consumación del contrato da lugar a la pérdida del anticipo.

El precio lo pactan libremente las partes, la Ley de Comercio Minorista prevé la posibilidad de que el gobierno intervenga determinados precios y también tiene gran influencia en los precios las consideraciones de carácter fiscal y en el ámbito del comercio es muy corriente que se determine el precio mediante formulas de remisión a un valor p.e valor-oro, e incluso hay determinados mercados que se rigen por la fijación oficial de precios de los mismos p.e. las bolsas, que fijan el precio de los valores cotizados.

TEMA 14

CONTRATO DE COMRAVENTA Y AFINES II.

CONTENIDO Y CUMPLIMIENTO.

LAS OBLIGACIONES FUNDAMENTALES Y LAS RELACIONES ENTRE ELLAS.

Las obligaciones fundamentales de las partes son:

- Por parte del vendedor:
 - ◆ Entrega
 - ◆ Saneamiento.
- Por parte del comprador:
 - ◆ Pago del precio
 - ◆ Obligación de recibir.

OBLIGACIONES DEL VENDEDOR.

A) LA ENTREGA: El C.C. establece como obligación esencial del vendedor, el poner en poder y posesión del comprador el objeto del contrato, ahora bien, esa obligación tiene una vertiente estrictamente unilateral, en lo que atañe a que la actuación individual del vendedor cumple sus obligaciones en cuanto a la tradicio del

objeto y la transmisión de los riesgos al comprador.

En el ámbito mercantil la traditio se efectúa en muchos casos de manera simbólica, p.e. La traditio de anotaciones en cuenta que se hace mediante anotaciones, o incluso puede haber constitutum possessorio, que es el supuesto en el que el comprador ya está en la posesión real del objeto.

La entrega además significa que a partir de ese momento surge la obligación de pagar por parte del comprador. En principio la entrega, salvo pacto en contrario, debe efectuarse, según el 337, en las 24 horas siguientes al contrato y a partir del momento de la entrega corren a cargo del comprador los gastos de la entrega de los géneros.

SANEAMIENTO: el artículo 342 Código de Comercio establece que el comprador debe efectuar la reclamación por vicios internos de la cosa, dentro de los 30 días siguientes a la entrega.

Como el Código de Comercio no establece cuáles son los supuestos del saneamiento, hay que remitirse al C.C. que en el artículo 1464 dice que el vendedor tiene la obligación de mantener al comprador en la posesión legal y pacífica de la cosa vendida y responder por los vicios y defectos ocultos de la misma, estableciendo por tanto que el saneamiento puede ser por evicción y por vicios ocultos:

- Saneamiento por evicción: según el artículo 1475 C.C. se plantea cuando el comprador es privado de la posesión de la cosa vendida en virtud de sentencia basada en un derecho anterior a la compraventa. En el ámbito del comercio se dan pocos casos de saneamiento por evicción porque las cosas muebles tienen la virtualidad de que la posesión de buena fe equivale al título, porque los bienes muebles no son objeto de inscripción registral y es difícil probar qué quien lo tiene no es su poseedor, esto solo puede ocurrir con los buques, aeronaves y aquellos que estén inscritos en el registro de bienes muebles.

Además de eso hay que decir que el artículo 85 Código de Comercio determina la prescripción adquisitiva inmediata (usucapión) a favor del consumidor que adquiera bienes muebles en establecimiento abierto al público.

- Saneamiento por vicios ocultos: se recoge en el artículo 342 Código de Comercio y recae sobre aquellos defectos que al no ser aparentes y ocultos determinan según el artículo 1484 CC que la cosa vendida con sus vicios, bien es impropia para el uso a que se la destina o bien disminuye de tal modo dicho uso, que de haberlo conocido el comprador, no lo habría adquirido, o habría dado menos precio por ella.

Ese mismo artículo 1484 dice también que el vendedor no será responsable de los vicios manifiestos o a la vista, o aun cuando existan vicios ocultos, si el comprador fuese un perito o por razón de su oficio o profesión debía fácilmente conocerlos. Esto último indica porqué en la adquisición de bienes para revenderlos con lucro, que es el supuesto sobre el que se asienta la compraventa mercantil, es muy corriente el que nos encontremos con un comprador perito en la materia, motivando que en algunos supuestos no se admita la aplicación de este tipo de saneamientos.

Acciones contra el saneamiento por vicios: en este tema existen varias teorías:

- ♦ Los que entienden que hay que aplicar primero el Código de Comercio, exclusivamente se admitiría la solicitud del estricto incumplimiento contractual o la rescisión del mismo contrato. Estas son las acciones que da el Código de Comercio para los incumplimientos.
- ♦ Los que aplican las acciones previstas en el CC, más concretamente las recogidas en el art. 1490 que son: la acción rescisoria y la acción estimatoria, que trata de reducir el precio, fijando el que efectivamente hubiéramos pagado. Esta es la posición de la doctrina

mayoritaria

La indemnización de daños y perjuicios en el CC solo se puede solicitar cuando existe dolo por parte del vendedor; la doctrina mayoritaria, no obstante, es del parecer de que cabría aplicar el 344 Código de Comercio que es interpretado en el sentido de que cualquier incumplimiento permite solicitar responsabilidad.

Plazos de las acciones: existen tres posibilidades admitidas por la jurisprudencia:

- ◆ El plazo de 30 días, del art. 342 es para denunciar y plantear demanda. protestar por los vicios ocultos y presentar en el juzgado la acción y pedir daños.
- ◆ Denunciar en los 30 días siguientes a la entrega y plantear la demanda dentro de los 6 meses desde la entrega, que es el plazo previsto en el CC. Los 30 días están incluidos dentro de los 6 meses, algo que es muy corriente, porque los 30 días son un plazo de caducidad y los 6 meses lo es de prescripción..
- ◆ 30 días para denunciar y 15 años para presentar demanda, que es el plazo general de prescripción de acciones del 1964 CC.

Normalmente las partes pactan plazos concretos de garantía y que desde la Ley de Comercio Minorista, el consumidor final tiene 6 meses mínimo..

OBLIGACIONES DEL COMPRADOR.

El comprador tiene dos obligaciones:

A) PAGAR EL PRECIO. El comprador tiene que pagar el precio, para lo cual se utiliza la colaboración del las entidades de crédito. El comprador tiene la obligación de pagar desde el momento de la entrega.

El incumplimiento en el pago por parte del comprador, bien en el momento de la entrega, bien en la forma pactada, determina el incumplimiento del contrato y la posibilidad de rescisión del mismo o la exigencia del cumplimiento forzoso.

La Ley de Comercio Minorista en los artículos 16 y 17 recoge lo que denomina adquisición de los comerciantes, diciendo que se aplicará la legislación civil y mercantil, con estas especialidades:

- A falta de pacto expreso, se entiende que los comerciantes deben pagar en el mismo día de la recepción de la mercancía.
- Los comerciantes deben documentar el acto de la entrega.
- Los proveedores deben indicar en la factura el día el calendario en que debe efectuarse el pago y las facturas deben hacerse llegar a los comerciantes antes de que se cumplan 30 días naturales desde la fecha de entrega y recepción.
- Si son productos perecederos, alimenticios, el aplazamiento del pago no puede exceder de 30 días desde la entrega.

Con carácter general, si se acuerda el aplazamiento del pago por más de 60 días, dicho pago debe quedar instrumentado en documento que lleve aparejada acción cambiaria. si el aplazamiento es superior a 90 días, el documento debe ser endosable a la orden. Y para los aplazamientos de más de 120 días, se puede exigir aval bancario o seguro de crédito o caución

En caso de incumplimiento en el pago, los intereses moratorios son automáticos a partir de día siguiente a dicho impago, intereses que a falta de pacto será el 50 % superior al interés legal.

B) LA OBLIGACIÓN DE RECIBIR.: La otra obligación del comprador es recibir la mercancía. Según el art.

332 si el comprador rehúsa sin justa causa el recibo de los efectos comprador, podrá el vendedor pedir el cumplimiento o la rescisión contractual, depositando judicialmente las mercancías. No obstante, se pacta normalmente el deposito de esas mercancías en lugar distinto del ámbito judicial, generalmente en algún organismo arbitral mutuamente aceptado.

También hay que decir, en cuanto al rehúso de las mercancías, que es cada vez más aceptada la posibilidad de que el vendedor proceda a la determina venta de sustitución, por la cual procede a vender las mercancías a un tercero, lo cual supone una disminución del precio pactado, ya que la indemnización incorpora esa aminoración.

CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.

Puede haber incumplimiento debidos a varias causas:

- Debido al retraso: teniendo en cuenta que en el ámbito mercantil el retraso puede tener unas consecuencias esenciales respecto a la perfección del contrato, incide directamente sobre el núcleo contractual; p.e. en las compra-ventas de los mercados de valores es básico porque las variaciones pueden ser radicales en cinco minutos. Por esto el artículo 329 Código de Comercio permite al comprador, cuando el vendedor no entrega en el plazo fijado, pedir el cumplimiento exacto del contrato o la rescisión del mismo, en todo caso con petición de daños y perjuicios.
- Por la entrega parcial: cuando solo se entrega parte de lo pactado: a veces va unido también al retraso,. El artículo 330 establece el derecho que tiene el comprador a rehusar la entrega de la parte y, si acepta la entrega parcial ello no significa que no pueda utilizar las mismas acciones para el resto de la entrega esperada, que en la entrega retrasada (exacto cumplimiento, rescisión contractual y daños y perjuicios).
- Por defectos de calidad en la entrega: se plantea un grave problema para distinguir entre saneamiento por vicios ocultos y un incumplimiento por defecto de calidad, aunque las diferencias son esenciales, tanto por los plazos como por las acciones que se pueden utilizar (mientras que en el saneamiento por vicios ocultos se van a utilizar las acciones que recoge el CC, en los defectos de calidad se van a usar el cumplimiento exacto o la rescisión con daños y perjuicios).

Esencialmente los incumplimientos de calidad recaerán sobre la entrega de aquello que no fue lo pactado en origen (p.e. un señor compra carne de membrillo , que hay que hacerlo con azúcar, pero se utilizaron otros productos como la fructosa, rompiéndose las calidades, se planteo si era saneamiento o incumplimiento, es incumplimiento desde el punto de vista del comprador pero desde el punto de vista del vendedor se atacaría como un saneamiento de vicios ocultos). En el caso e incumplimientos de este tipo dice el 336 que el comprador que al tiempo de recibir las mercancías las examinare a su contento, no tendrá acción de repetir por vicio o defecto de cantidad o calidad. El comprador podrá repetir por esos supuestos si las mercaderías se entregan enfardadas o embaladas, siempre que ejercite su acción en los cuatro días siguientes al de su recibo, pudiéndose utilizar las mismas acciones que en la entrega retrasada. Normalmente la negociación contractual da lugar a que se establezcan garantías más amplias.

- Perdida o deterioro de los efectos antes de la entrega, si esto ocurre, deberá dirigirse esos posibles incumplimientos bien a retraso, bien al defecto de calidad.
- Incumplimiento de la obligación de pagar el precio: el vendedor no está obligado a entregar la cosa si no recibe su importe, si el comprador no paga el precio en el momento debido, se constituye en mora y está obligado a pagar el interés de la cantidad que debe al vendedor. El artículo 340 establece que el vendedor tendrá preferencia sobre los géneros vendidos que estén en su poder sobre cualquier acreedor. Para obtener el pago del precio con los intereses ocasionados por la demora.

PARTICULARIDADES DEL TRÁFICO MERCANTIL.

- VENTAS EN FERIAS O MERCADOS.

Se regulan en el artículo 85 y en la Ley de Comercio Minorista que recoge una referencia muy sintética de la venta ambulando o no sedentaria. Dice su artículo 53 que se considera venta ambulante la realizada por comerciantes fuera de un establecimiento comercial permanente, de forma habitual, ocasional, periódica o continuada en los perímetros o lugares debidamente autorizados, en instalaciones comerciales desmontables o transportables, incluyendo los camiones tienda. Nunca se incluye aquí la venta en mercados fijos, ni tampoco lugares instalados en la vía pública de naturaleza estacional. La propia Ley determina que la autorización de estas ventas corresponde a los ayuntamientos, y además dice que los vendedores deben exponer en forma fácilmente visible al público sus datos y la autorización municipal.

- VENTAS DE PLAZA A PLAZA.

En el ámbito mercantil la compraventa en la que se exige la transmisión interlocal de mercancías, exige que se preestablezcan fórmulas uniformes que den seguridad a las transacciones. al trasladar cosas de un lado a otro hay más riesgos, para evitar esos riesgos uniremos a las compra-ventas aquellos documentos que, por un lado faciliten la transmisión de los propios objetos, y por otro salvaguarden la calidad y origen de esos objetos. Para unificar estas cuestiones la Cámara de Comercio Internacional ha ido dictando unas reglas uniformes para regular este tipo de compraventa que llevan por nombre INCOTERM, que son normas de carácter contractual ya que la Cámara es una entidad de carácter privado. Básicamente un INCOTERM es una cláusula contractual admitida por las partes, en la que se recoge:

- Quien y en que momento asume el riesgo sobre las mercancías.
- Que documentos tienen que acompañar al transporte.
- Quien de las partes tiene que hacerse cargo de los distintos gastos que supone el transporte.

Tradicionalmente se ha distinguido entre Incoterm terrestres y marítimos

Además se distingue entre ventas a la salida y ventas a la llegada, diferenciación que se dirige a intentar distinguir entre aquellos procesos en los que el riesgo se dirige, bien contra el vendedor, bien contra el comprador, de la forma que en las ventas a la salida el riesgo es transmitido al comprador cuando se procede a efectuar el transporte de las mercancías en los términos pactados; por otro lado, en las ventas a la llegada, el riesgo es transmitido al comprador, cuando los objetos de las ventas llegan a un punto determinado del fin del trayecto.

- CLAUSULAS MÁS IMPORTANTES DE LOS INCOTERMS: las más importantes son:

- La cláusula FOB, que implica que los objetos son entregados al comprador cuando se depositan sobre el buque.
- Cláusula CF, que implica que el vendedor asume los gastos procedentes del coste del transporte que el mismo contrata.
- Cláusula CIF que tiene el mismo contenido que a CF, pero con la diferencia de que el vendedor asume también el pago de la prima del seguro.

En los dos últimos supuestos, el riesgo se transmite al comprador en el justo momento en que las mercaderías superan la borda del buque.

VENTAS A PLAZO: Las ventas a plazos solo pueden recaer sobre bienes muebles corporales, no consumibles e identificables.

Las notas específicas son:

- Para la validez del contrato, es necesario que conste por escrito.
- El comprador podrá desistir del contrato dentro de los 7 días siguientes a la entrega del bien, comunicándolo al vendedor.

Como cláusula potestativa a favor del vendedor, se ha incluido la reserva de dominio, garantía de la que dispone el vendedor para asegurar el precio aplazado. La jurisprudencia ha declarado que si tal cláusula no está inscrita, solo surtirá efectos para el vendedor y el comprador, pero no para terceros.

EL RIESGO.

LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO.

Hay un momento en las compraventa en la que todos los deterioros (que pueden suponer la pérdida total) que sufran los objetos, provenientes de cualquier tipo de accidente imprevisto o sin culpa del vendedor, deben ser asumidos por el comprador (el comprador tiene que asumir la totalidad del pago, aun cuando no se le entregue nada o solo parte de lo contratado). En relación con este tema el Código de Comercio recoge tres artículos:

- El art. 331 dice que el riesgo antes de la entrega corre a cargo del vendedor, permitiendo al comprador rescindir el contrato libremente. Este artículo está haciendo referencia directa al concepto unilateral de esa entrega.
- El 333 por el contrario cuando dice que los daños y menos cabos que sufran las mercaderías , perfecto el contrato y teniendo el vendedor los efectos a disposición del comprador, en el lugar y tiempo convenidos, corren a cargo del comprador. En este supuesto hace alusión al concepto bilateral de la entrega.
- El 334 recoge aquellos supuestos especiales en los que todavía no hemos podido concretar los objetos. Son a cargo del vendedor los riesgos:
 - ◆ En las ventas que haya que especificar, hasta que se produzca esa especificación.
 - ◆ Cuando el comprador tenga derecho a ensayar o probar la mercancía.
 - ◆ Supuesto en que se ha pactado que la cosa vendida adquiera ciertas condiciones, mientras que la cosa vendida no las hubiera adquirido.

LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS.

Existe un Convenio Internacional de Mayo e 1961 que intenta aplicarse a todas las compraventa internacionales, pero se excluyen algunas. Lo que busca es más que nada determinar la capacidad de las partes.

CONTRATOS FUERA DEL ESTABLECIMIENTO.

Están regulados por Ley 26/91 de 21 de noviembre, Ley que es fruto de una directiva comunitaria del año 85. según el artículo 1 ésta Ley se aplica a:

- Los contratos celebrados entre un empresarios y un consumidor final, cuando se den estas circunstancias:
 - ◆ Celebrarlo fuera del establecimiento mercantil del empresario.
 - ◆ Celebrarlo en la vivienda del consumidor o de otro consumidor o en el centro de trabajo. No se aplica cuando es el propio consumidor quien llama al empresario.
 - ◆ Cuando se da en un medio de transporte –

– No se aplica a los contratos relativos a la construcción, venta y arrendamiento de inmuebles o derechos de cualquier tipo sobre lo anterior; a los contratos de seguro; a los contratos sobre valores mobiliarios; a los

documentados notarialmente ni a los que recaigan básicamente a los alimentos, bebida y otros bienes consumibles para el hogar; tampoco se aplica a las ventas por catálogo si se prevé una continuidad de contrato entre empresario y consumidor—

las características más importantes que tiene esta Ley son:

- El contrato debe ser formalizado por escrito.
- Esa documentación de manera clara, terminante y precisa, permite al comprador el derecho de revocación del contrato, ejercicio de revocación que no exige alegar causa alguna y que se extiende hasta pasados siete días desde la recepción de los objetos.

CONTRATOS AFINES.

EL CONTRATO DE SUMINISTRO

El contrato de suministro es un contrato atípico en el derecho privado español, toda vez que está exclusivamente regulado en el ámbito del derecho público y, concretamente en la aplicación de los contratos administrativos y cuyo objeto recae sobre la necesidad de mantener al suministrado en un flujo permanente de entrega de objetos requeridos, evitando por ello que el precitado suministro pueda verse compelido a la escasez de dichos objetos.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, el suministro no irá más allá de múltiples y continuas operaciones de compraventa porque en cuanto al núcleo contractual recae sobre la entrega de objetos determinados por los que pagarán un precio cierto en dinero, aunque la causa es evitar que el suministrado se encuentre en una situación de escasez por no haber previsto esa circunstancia.

Por su propia índole, los suministros van ajenos a la exclusiva, en muchos casos amparados por el derecho público, ya que son concesiones administrativas.

El gran problema de los suministros es la posible rescisión contractual, toda vez que se suele penalizar la resolución contractual inmotivada. En el mismo orden está la posibilidad de resolución contractual por incumplimiento de contrato.

EL CONTRATO ESTIMATORIO.

es un contrato que consiste en que una persona tradens entrega a otra acipiens unos bienes inmuebles a otra, estimando el precio de esos objetos con la finalidad de que el receptor de los objetos procure su venta durante un plazo de tiempo predeterminado, devolviéndose al que los entrega si, ultimado dicho plazo no se han vendido a terceros. Su finalidad por tanto es facilitar la comercialización de mercaderías sin que sea necesario que las mismas sean adquiridas en firme por el distribuidor.

TEMA 15

CONTRATOS DE COMISION Y AFINES

CONTRATOS DE COLABORACIÓN.

Son todos aquellos que inciden en la necesidad que tiene el empresario de utilizar a otros empresarios para facilitar su labor comercial, colaboración que se realiza en orden a mejorar la expansión empresarial en el ámbito geográfico para lograr una mejor especialización. Estos contratos presentan una cercanía con el ámbito laboral, ya que en este se realizan supuestos de hecho idénticos, pero parten de principios distintos y tienen

una jurisdicción diversa.

CONTRATO DE COMISION.

El contrato de comisión es el genuino contrato de representación mercantil, al igual que la representación mercantil, suele ser un mandato.

Se regula en los artículos 244 y siguientes del Código de Comercio.

El artículo 244 dice que se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto y operación de comercio y que el comitente (representado) o comisionista (representante) sea comerciante o agente mediador del comercio.

El Código de Comercio en su artículo 245 destaca respecto de los demás países de nuestro entorno ya que según este artículo el comisionista puede actuar en nombre propio o en el de su comitente y la diferencia estriba en que España es el único lugar donde se admite la representación indirecta, que supone que el comisionista actúa en nombre propio.

El problema como dice el 246 es que el que actúa en nombre propio (representación indirecta)no tiene la necesidad de declarar quien sea el comitente y, quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quien contratarse, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni este contra aquellas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre si.

Según el 247 la representación directa es aquella en que el comisionista contrata en nombre del comitente, de tal forma que los efectos de la operación recaen directamente en el comitente.

PRINCIPIOS BÁSICOS DEL CONTRATO DE COMISION.

En principio se entiende que el comisionista acepta la comisión cuando realiza cualquier gestión en el desempeño del encargo que le hiciere el comitente, salvo que sean meras operaciones dirigidas a la conservación de los efectos entregados, de tal manera, que la confianza que suele existir entre las partes obliga a que el comisionista rehúse el encargo comunicándolo de la manera más rápida posible.

Como la comisión es un contrato intuitu personae basado en la confianza, el comisionista debe realizar la comisión por si mismo, algo que es constante en todos los contratos de colaboración.

Solo pueden delegar los que el Código de Comercio denomina funciones subalternas, sino, es necesario que haya una expresa autorización del comitente.

La doctrina viene distinguiendo tres tipos de comisión:

- Comisión imperativa: el artículo 255 establece que en lo que no esté prescrito expresamente deberá el comisionista consultar al comitente.
- Comisión indicativa: va dirigido a entender los elementos esenciales del negocio, quedando el resto a lo que dicte la prudencia y el uso de comercio.
- Comisión facultativa: aquella en la que se obra al arbitrio del comisionista, pero hay que hacer dos salvedades:
 - ◆ Debe cuidar el negocio como propio.
 - ◆ El artículo 256 establece que jamás se puede obrar contra disposición expresa del comitente.

OBLIGACIONES DEL COMISIONISTA:

- Cumplir la comisión.
- Informar a su comitente. Dice el artículo 260 que el comisionista comunicará frecuentemente a su comitente las noticias sobre el buen éxito de la negociación y participándole por correo del mismo día o en el siguiente la celebración del contrato.
- Responder de los efectos y mercaderías que reciba, en las condiciones y calidades que se avisen en la remesa, a no ser que haga constar, al encargarse de la comisión, las averías que observe. Está pensando en la comisión de venta, por esta razón cuando lo que se recibe son fondos no se les puede dar una finalidad distinta a la prevista, sin perjuicio de la acción penal que tuviere lugar.
- Cumplir en todo supuesto con las leyes y los reglamentos y solo contravenido por disposición expresa de su comitente, responden a ellos.
- Rendir cuentas, con relación a sus libros y, devolver el sobrante; en caso de morosidad se abona el interés legal.
- Si un comisionista actúa por orden de varios comitentes, dice el artículo 268 que no puede tener efectos de una misma especie de distintos dueños sin una contra marca que evite la confusión y designe la propiedad respectiva de cada comitente.

OBLIGACIONES DEL COMITENTE.

- Proveer de fondos, siempre que no se haya pactado el anticipo por parte del comisionista.
- Pagar la comisión. El artículo 277 establece el criterio de que la comisión es naturalmente retribuida. El comitente está obligado a pagar el precio de la comisión, salvo pacto en contrario, sino determinamos expresamente el precio, se fijará de acuerdo al uso y práctica mercantil de la plaza donde se haya de cumplir la comisión. Desde la Ley de Agencia se entiende que la comisión es un contrato de resultado.
- Rembolsar los gastos y desembolsos efectuados por el comisionista mediante cuenta justificada de los mismos

EL PRIVILEGIO DEL COMISIONISTA.

El Código de Comercio recoge varios supuestos que conceden una situación exorbitante de una de las partes para poder satisfacer sus derechos económicos. El artículo 276 dice que los efectos que se remitan en consignación se entenderán especialmente afectos al pago, tanto de los derechos de comisión como de sus gastos, por ello en primer lugar ningún comisionista puede ser desposeído de los bienes que reciba en consignación sin que antes se le rembolsen las cantidades debidas.

En segundo lugar, por cuenta del producto de los géneros, deberá ser pagado el comisionista con preferencia a los demás acreedores, aunque esta preferencia tendrá que cumplir con la condición de ser acreedor privilegiado, es preciso que los efectos estén en poder del comisionista o se encuentren a su disposición en depósito o almacén público o se haya verificado la expedición a su nombre, conocimiento, talón o carta de porte.

SUPUESTOS ESPECIALES.

A) COMISION DE COMPRA O DE VENTA. LA AUTOENTRADA DEL COMISIONISTA.

La realización del encargo recibido por el comisionista entraña normalmente la participación de un tercero (p.e. A encarga a B vender unas mercancías y lo hace C). Sin embargo, cabe la posibilidad de que se produzca la autoentrada del comisionista cuando ese negocio de realización lo efectúe consigo mismo (es el propio B quien compra las mercancías que le habían encargado vender).

El Código de Comercio ante el peligro que entraña que el comisionista sobreponga el interés personal al de su comitente, adopta una postura de desconfianza ante la autoentrada con relación a la comisión de compra y

venta, ya que prohíbe al comisionista, salvo que tenga licencia del comitente, que compre para si ni para otro lo que se le haya mandado vender, ni venderá lo que se le haya encargado comprar.

Esta prohibición comprende también la situación en la que el comisionista tiene dos encargos distintos, esto es, que compre para un comitente lo que otro le haya mandado vender, que es lo que se conoce como aplicación. Esta segunda posibilidad, sin embargo, es admitida con relación a la compraventa de valores intervenida por la Agencia de Valores y Bolsa, las cuales si han recibido una orden de venta de unos títulos y al mismo tiempo otra de compra de esa misma clase de títulos pueden aplicar ambas órdenes.

B) COMISION DE GARANTÍA.

En esta comisión el comisionista, además de recibir la retribución ordinaria, percibe otra retribución en función de la garantía que asume a favor del comitente, garantía que implica una responsabilidad personal con relación al cumplimiento por parte del tercero de su obligación. Así el comisionista asume una obligación igual a la que tiene el tercer contratante, de manera que si este no cumple su obligación, el comitente puede dirigirse contra él o contra el comisionista.

Se regula en el artículo 272 que dice: si el comisionista percibiére sobre una venta además de la comisión ordinaria, otra, llamada comisión de garantía, correrán de su cuenta los riesgos de la cobranza, quedando obligado a satisfacer al comitente el producto de la venta en los mismos plazos pactados por el comprador.

C) COMISION DE TRASPORTE.

Es aquella en la que el negocio de realización de la comisión es la conclusión de un contrato de transporte. En la comisión de trasporte, el comisionista asume el resultado del transporte.

Esta comisión la realizan las Agencias de Transporte, reguladas en la Ley de ordenación de transportes terrestres de 1987, las cuales en ocasiones actúan como meros comisionistas y en otros casos son las que realizan el encargo directamente.

El Código de Comercio establece que el comisionista garantiza el cumplimiento, por parte del transportista, es decir, la comisión de transporte es una modalidad de la comisión de garantía.

También son comisionista de transportes las agencias de viaje.

LA EXTINCIÓN.

La comisión es un contrato intuitu personae (por razón de la persona del comisionista), por ello el Código de Comercio en el 279 permite al comitente revocar libremente la comisión con la única traba de quedar obligado a las results de las gestiones realizadas por el comisionista antes de que este tenga conocimiento de la revocación.

La comisión también se extingue por muerte o inhabilitación del comisionista, pero no por muerte del comitente (280).

TEMA 16

CONTRATOS DE COMISION Y AFINES II

EL CONTRATO DE MEDIACIÓN.

El contrato de mediación es un contrato atípico en el derecho español, por el cual, una persona se obliga a

abonar a otra (mediador) una remuneración por indicarle la oportunidad de concluir un contrato con un tercero o por servir de intermediario para la conclusión del contrato.

Se ha discutido acerca de la naturaleza del contrato, sin embargo, es mayoritaria la opinión de que nos hallamos ante un contrato bilateral en el que ambas partes pueden asumir obligaciones. No obstante, el contrato consiste en poner en relación a los que puedan ser contratantes sin intervenir en el contrato, ello supone que en la gran mayoría de los casos la retribución corre a cargo de uno de los contratantes.

Hay normas que regulan el ejercicio de algunas actividades mediadoras, como el contrato de mediación inmobiliario que realizan los agentes e la propiedad inmobiliaria, o el contrato de mediación realizado por corredor de seguros y reaseguros.

EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL.

CONCEPTO Y CARACTERES.

El contrato de agencia comercial es un contrato actualmente regulado por Ley de 27 mayo de 1992 y según dice su exposición de motivos es consecuencia de la trasposición de la Directiva Comunitaria 86/653.

El artículo 1 de la Ley establece que el contrato de agencia es aquel por el cual una persona, natural o jurídica (agente) se obliga frente a otro, de manera continuada o estable, a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajeno, como intermediario independiente, sin asumir el riesgo y ventura de las operaciones, salvo pacto en contrario.

Las características de este contrato son:

- es un contrato de duración estable.
- Es un contrato esencialmente retribuido.
- El contrato ha de permitir que el agente organice su actividad profesional conforme a sus propios criterios, lo cual implica que ha de mantener una cierta independencia respecto al empresario principal, creando su propia organización.

Los preceptos de la Ley 12/92 tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa.

CONTENIDO

Con carácter general y antes de hablar de las obligaciones de las partes, la Ley obliga al agente a realizar su actividad por si mismo o por medio de sus dependientes, unicamente se permite la utilización de subagentes cuando expresamente se autorice por el empresario.

En cuanto a la actividad propia de dicho agente, con carácter general, los agentes promocionan los actos de sus empresarios y solo pueden concluir contratos cuando expresamente se le lo hubieran autorizado.

OBLIGACIONES DE LAS PARTES.

Obligaciones del agente:

- Como principio general, el agente puede desarrollar su actividad para varios empresarios. Exclusivamente hace falta el consentimiento de un empresario cuando las actividades de los distintos mandantes sean de igual o análoga naturaleza y pueden ser concurrentes o competitivas.

- El agente debe actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario o empresarios por los que actúe, y en particular, un agente debe:
 - ◆ Ocuparse de las operaciones en que intervenga con la diligencia de un ordenado comerciante.
 - ◆ Informar al empresario de todas las operaciones sobre la buena gestión de los actos en que intervenga, y en particular de la solvencia de los terceros con los que opere.
 - ◆ Desarrollar la actividad de acuerdo con las instrucciones recibidas.
 - ◆ Recibir las reclamaciones de los terceros.
 - ◆ Debe llevar una contabilidad independiente de cada empresario con los que actúa.

Obligaciones del empresario:

- Actuar lealmente y de buena fe, y además:
 - ◆ Con antelación suficiente y en cantidad apropiada, poner a disposición del agente los muestrarios, catálogos y tarifas necesarios.
 - ◆ Informar sobre la ejecución del contrato, especialmente cuando prevea que el volumen de negocio es sensiblemente inferior al esperado.
 - ◆ Satisfacer la remuneración.
- También debe comunicar en un plazo de 15 días la aceptación o rechazo de la operación, y en el plazo más breve posible comunicar la ejecución, ejecución parcial o falta de ejecución de la operación.
- El pago de la remuneración pactada: es la obligación más importante. La Ley establece la posibilidad de que al agente se le remunere con una cantidad fija, en comisión o con una combinación de los dos sistemas. En defecto de pacto se aplica lo establecido en los usos de comercio.
- Se reputa comisión cualquier elemento de la remuneración que sea variable y de acuerdo con el volumen o el valor de las operaciones en que intervenga.
- Si la retribución es por comisión en parte o totalmente, la Ley determina que por los actos que se concluyan durante la vigencia del contrato, el agente tendrá derecho a la comisión cuando:
 - ◆ El acto se concluya por la intervención del agente.
 - ◆ Cuando la operación se concluyese con una persona, con la que con anterioridad el agente hubiera intervenido en operación análoga y, además todas las operaciones que se hagan en una zona geográfica o en un determinado grupo de personas sobre las que exista la exclusiva del agente, determinará el derecho a la retribución del agente, aunque este no intervenga
 - ◆ Una vez extinguido el contrato de agencia, también tiene derecho a que se le retribuya cuando, o bien la operación sea fruto de la actividad desarrollada por el agente durante la vigencia del contrato, o bien que el empresario concluya la operación debida a la actividad desarrollada por dicho agente.

El artículo 14 establece que la comisión se devengará en el momento en que el empresario ejecute o hubiera debido ejecutar el acto u operación de comercio.

En los contratos de agencia es factible que se pueda pactar la limitación de la competencia. Esta limitación no puede ser superior a dos años desde que se extingue el contrato, con la particularidad de que este pacto debe hacerse por escrito, fijando la zona geográfica o grupo de personas interesadas y, solo podrá afectar a unos determinados bienes o servicios que haya sido objeto de la intervención del agente.

EXTINCIÓN.

Si el contrato es por tiempo indefinido, se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes, mediante un preaviso por escrito (un mes por cada año).

En los supuestos de extinción en los que el agente hubiere aportado una determinada clientela, tiene derecho a una indemnización, indemnización que solo se pierde cuando la extinción contractual provenga por el incumplimiento de las obligaciones del agente.

EL CONTRATO DE CONCESIÓN.

Es un contrato de venta en exclusiva. El empresario como concesionario adquiere el derecho de su concedente a la reventa en exclusiva a terceros de unos determinados productos. Esta exclusiva normalmente se circunscribe a un determinado ámbito geográfico (aunque también puede haber concesiones que recojan la exclusividad a favor de unas determinadas personas).

El contrato de concesión, cuya importancia puede observarse básicamente en la actividad de la reventa de vehículos a motor, y de la cual es buen ejemplo la Directiva Comunitaria 2790/2000,, que tiene como problemas más importantes la rigidez a la que se somete la actividad empresarial del concesionario toda vez que el concesionario, a cambio de esa exclusividad, si bien adquiere ese derecho de reventa, también asume una serie de obligaciones como las de los precios prefijados, asunción directa de las reclamaciones e los clientes, gastos igualmente prefijados por el concedente o grades exigencias de carácter comercial. Ello ha supuesto que sea un contrato en regresión.

CONTRATO DE FRANQUICIA.

CONCEPTO.

El contrato de franquicia también es un contrato de distribución en exclusiva, con carácter general y, es un contrato cuyo problema esencia recae en el ataque frontal que supone a la libertad de mercado, que , en principio debería ser pilar básico, tanto de derecho comunitario como de derecho constitucional económico español.

El contrato de franquicia consiste esencialmente en que un determinado empresario (franquiciador) permite a otro(franquiciado) el producir, distribuir o comercializa sus productos o servicios, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta.

MODALIDADES.

Esencialmente la doctrina distingue tres grandes tipos de franquicias:

- La franquicia de servicios: lo que hace es permitir la comercialización de unos determinados servicios.
- Franquicia de producción, fabricación.
- Franquicia de distribución, donde se procede a la distribución y comercialización de productos.

La razón del triunfo de la franquicia es porque las posibilidades de triunfar en ese negocio son mucho mayores que triunfar en un negocio tradicional (p.e. Visa es una franquicia que explotan los bancos).

En muchos supuestos la distribución comercial de la franquicia implica que la casa comercial que concede la distribución cree una empresa intermediaria, que sea la que a su vez distribuya la franquicia, p.e. Coca Cola no se distribuye desde Atlanta, sino que cada país crea una empresa que distribuye la franquicia.

PROBLEMAS DE LA FRANQUICIA:

- Destruye la independencia empresarial (no se tiene contabilidad propia, sino que se tiene que hacer de acuerdo a las normas establecidas por el franquiciador).
- Supone una homogeneización de la distribución comercial.
- Es un contrato de adhesión y, por tanto, unilateral, ya que el franquiciado es sometido a un clausulado innegociable.
- Además hay que mencionar que los supuestos de resolución contractual son en muchos casos

contrarios a la buena fe y a los criterios de equidad.

VENTAJAS

Una de las ventajas de la franquicia es que a través de ella se transmiten los derechos de la propiedad industrial, bien a través de la cesión del uso de la marca, de la explotación de la patente, concesión de la utilización de modelos y dibujos industriales, modelos de utilidad o incluso el nombre comercial y sobre todo el saber hacer (know how), en tal concepto debe incluirse todos aquellos supuestos en los cuales se transmiten procedimientos de gestión empresarial que por si mismos no pueden ser objeto de su registro como propiedad industrial, pero si que mejoran la producción, distribución o comercialización de los productos o servicios, por lo que se incluyen dentro de la propiedad industrial..

En las franquicias hay que proveer al franquiciado de la correspondiente documentación.

Esta transmisión permite que esos franquiciados puedan dar a sus clientes homogeneidad de toda la marca que les concede la franquicia.

La idea final de todo contrato de franquicia no es otra que la de que el cliente no observe cambios entre un franquiciado u otro. (esto es más fácil de lograr en unas franquicias que en otras, p.e. en las franquicias de distribución..

Además las franquicias tiene la característica de que dan homogeneidad a la publicidad, ya que la publicidad la hace el franquiciador y la paga el franquiciado.

También incluso el personal de los franquiciados es tutelado por el franquiciador, que dice como debe formar al personal, muchas veces hace él directamente la selección del personal...

TEMA 17

EL MERCADO DE VALORES. ASPECTOS INSTITUCIONALES

ANTECEDENTES Y SISTEMA ACTUAL.

El sistema español es moderno, se estructura por Ley 24/88 de 24 de julio Ley del Mercado de Valores, que sufrió una importante modificación por Ley 37/98 de 27 de noviembre.

Esta Ley cambio el tradicional sistema español de que las bolsas de comercio fueran gestionadas por un cuerpo de agentes mediadores dotados de fe pública (agentes de cambio y bolsa) a un sistema regido por una entidad de derecho público que gestiona todo el mercado de valores, no solo las bolsas, que es la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y un mercado secundario que está gestionado por entidades privadas.

Este sistema es una mezcla entre el sistema francés, tradicionalmente intervencionista por parte del Estado, y el sistema anglosajón de absoluta independencia (algo que no es del todo cierto, hay cierta intervención para que no vuelva a ocurrir lo que paso en 1923).

La distribución que hace la LMV es esencialmente entre un mercado primario y un mercado secundario.

MERCADO PRIMARIO.

Somete a su régimen aquellas emisiones de valores caracterizadas por su negociabilidad y por su agrupación en emisiones, se ocuparía por tanto:

- valores negociables: debe enmarcarse en lo que con carácter general hemos llamado valores mobiliarios (acciones, obligaciones, cuotas participativas, cédulas, bonos, es decir, todo lo que se emite en emisión). Y no lo serían los valores emitidos individualmente (pe. Una participación en una sociedad de responsabilidad limitada).
- La emisión en serie debe enmarcarse en el criterio de la homogeneidad de la publicidad, en la oferta de los valores y en la intervención de un intermediario profesional (un banco)
- La emisión de valores debe ser comunicada a la CNMV , solo queda excluido cuando la emisión la realicen entes institucionales.

MERCADOS SECUNDARIOS

Son aquellos mercados que después se dedican a la negociación de esos valores negociables.

Teóricamente cabría la posibilidad de que existieran otros mercados secundarios, pero ciñéndose a la realidad actual hay tres tipos de mercado:

- Las bolsas de valores, en las que se negocian las acciones y los valores convertibles en ellas y algunos otros valores autorizados por la CNMV, entre los cuales se podrían las obligaciones y los valores de renta fija.
- El mercado de deuda pública en anotaciones en cuenta, no solo es del Estado, sino que también las Comunidades Autónomas y otras entidades pueden emitir deuda pública..
- Mercado secundario de futuros y opciones, representado en anotación en cuenta.

Los valores que se negocien en los mercados de valores tienen que ser admitidos a negociación por la CNMV, entidad que también puede suspender o excluir de la negociación determinados valores, puesto que es un entidad con carácter sancionador.

• LAS BOLSAS DE VALORES.

Naturaleza.

Las bolsas son instituciones mercantiles cuya finalidad esencial es la contratación pública de valores.

Organización.

Actualmente las bolsas están regidas por una institución con forma de sociedad anónima que se llama Sociedad Rectora de la Bolsa de Valores y sus acciones están suscritas por aquellos miembros de mercado de valores que deseen participar en su capital, por eso es una SA con capital variable.

Esas sociedades (cada bolsa tiene una) a su vez han creado lo que se llama el Sistema de Interconexión Bursátil con ámbito interestatal, que tiene la característica de que es el que permite que todos los valores que están incluidos en el mercado continuo se negocien nacionalmente.

Los miembros del mercado son aquellos que han sido admitidos primero por la CNMV y que tienen alguna de estas configuraciones jurídicas:

- sociedades y agencias de valores.
- Entidades de crédito
- Empresas de servicios de inversión.
- Entidades de crédito autorizadas en un Estado, que aunque no sea de la UE se le permita negociar en España.
- La Ley dice que las CC.AA. pueden admitir otro tipo de miembros, pero todavía no se ha regulado

nada en el ámbito autonómico, solo hay regulación nacional.

Inicialmente en el año 88 solo podían intervenir en el mercado las sociedades y agencias de valores. El Sistema de Interconexión Bursátil, que se basa en el mercado continuo en anotaciones en cuenta, funciona, instrumentalmente, a través de un sistema de liquidación y compensación. Los distintos miembros del mercado ejecutan las órdenes de los clientes o propias, y después se procede a liquidar mediante compensación, se establece una especie de fungibilidad de las acciones. La existencia del mercado continuo implica que las acciones nominativas son transferidas mediante el sistema de compensación.

LA COMISION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES.

Según la LMV su función esencial es la del fomento de la transparencia de los mercado de valores, la correcta formación de los precios y la protección e los inversores, para ellos se dota a la CNMV de poderes de inspección y en su caso de potestad sancionadora y se promulga por parte de la CNMV lo que se llaman códigos de conducta, que deben respetar todos los que intervienen en los mercados.

El mercado de valores cuando se dirige a la emisión de esos valores a través de p.e. la suscripción de acciones de una SA, a través de la fundación sucesiva, emisión de acciones al público en supuestos de aumento de capital o la emisión de obligaciones o en general todos los supuestos del mercado de deuda pública en que se ofrece al público la suscripción de este tipo de productos financieros, supone la sustantación de lo que se llama operación pública de venta (OPV) que suponen según el 6.1 todos aquellos supuestos de ofrecimiento al público, por cuenta propia o de terceros (mediante bancos). La regulación reglamentaria de este tipo de operaciones esta en regulada por RD 291/92 de 22 de marzo y se normativiza la emisión para su venta al público de aquellos valores todavía no admitidos a cotización en un mercado secundario , en cuyo caso, debemos incluir también la emisión de valores emitidos en el extranjero, si son valores admitidos a cotización , necesariamente debemos entender que se realizan fuera del mercado y obligan a la presentación de un folleto informativo que debe depositarse en la CNMV.

OPERACIONES DEL MERCADO.

Según la LMV en su artículo 36 tienen consideración de operación del mercado oficial las transmisiones por título de compraventa u otros negocios onerosos que se realice sobre valores negociables y otros instrumentos financieros admitidos a negociación, es decir, con carácter general la LMV prescribe la necesidad de que todas las transmisiones onerosas que se realizan en valores negociables deben efectuarse dentro del mercado, por tanto, son operaciones no del mercado las transmisiones a título lucrativo (donaciones y transmisiones mortis causa)

Pero aún así, esas transmisiones necesariamente deben ser comunicadas a los organismos rectores del mercado secundario, porque sino, se sanciona con la imposibilidad de negociar los valores afectados. Todas las demas se tienen que hacer en el mercado y con miembros del mercado.

Se distingue entre:

- Operaciones ordinarias y extraordinarias:
 - ◆ Ordinarias: son las que se basan en lo cotidiano.
 - ◆ Extraordinarias: son las que no se someten a las reglas del funcionamiento del mercado secundario. Hay que comunicárselo a la sociedad rectora (p.e. cuando se intervino BANESTO se hicieron muchas operaciones de este tipo).
- Operaciones al contado o a plazo.
 - ◆ Al contado: son aquellas en las que las partes tienen la posibilidad legal de transmitir los valores y el pago de los mismos, lo cual implica que se pueda efectuar la ejecución en la misma sesión o en la inmediata siguiente (no se aplaza).

- ◆ A plazo, como su nombre indica, son las que su ejecución se difiere en el tiempo, ello significa que quien interviene en estas operaciones, en algunos casos ni tiene las operaciones ni tiene el dinero. El problema de estas operaciones es su inseguridad, porque llegado el momento de su ejecución puede que no se tengan los valores o el dinero o ambas; esa inseguridad determinó que por Ley de 28 de febrero de 1940 se prohibieran las operaciones a plazo. El decreto de 1967 las volvería a admitir, pero nunca se llevaron a cabo. La modificación de la LMV del 98 permite las operaciones a plazo, pero por el momento solo se están utilizando en el mercado de deuda pública y en los de opciones y futuro.
- Para sustituir el problema de que no se hagan operaciones a plazo existe el llamado sistema a crédito en operaciones bursátiles al contado, reguladas por OM de 25/03/1991 que determina que el crédito lo pueden prestar las sociedades de valores y las entidades de crédito.
- Entre las operaciones más interesantes del mercado están las operaciones de doble, también llamadas operaciones de report. Consisten en la compra al contado o a plazos de valores y en la reventa simultánea a plazo, a precio determinado, a la misma persona, de valores de la misma especie (compro valores que me obligo a revender a la misma persona a un precio que ya fijo). La fundamentación de esta operación es esencialmente el hacer una previsión de que en ese plazo yo voy a lograr un beneficio económico; es un contrato de pura especulación o que también es usado para lograr determinadas mayorías en la toma de acuerdos sociales: compro, participo en la toma del acuerdo y luego se los revendo otra vez.

La DA. 2 LMV intenta dar una definición de lo que son las operaciones dobles, pero lo que hace es liar más el concepto.

- Una operación muy similar es lo que la DA 12 LMV llama operaciones con pacto de recompra (vender con la idea de volver a tenerlas). Son aquellas en las que el titular de los valores los vende, hasta la fecha de amortización, conviniendo simultáneamente la recompra de valores de idénticas características, por igual valor nominal, en fecha determinada e intermedia entre la venta de valores y la amortización más próxima, aunque sea parcial.

TEMA 18

MERCADOS DE VALORES. ASPECTOS CONTRACTUALES.

LA COMPRAVENTA BURSÁTIL

La compraventa bursátil se articula esencialmente a través de un contrato de comisión, en que el comisionista, que es un miembro del mercado, actúa mediante representación indirecta, es decir, no menciona el nombre de su cliente.

La comisión bursátil funciona a través de las órdenes que en gran medida están influenciadas por los usos bursátiles.

Esta comisión tiene una serie de características:

- Los miembros del mercado tienen la obligación de aceptar el encargo que reciban, aunque se puede exigir la correspondiente provisión de fondos.
- Las órdenes de ejecución que recibe el comisionista deben ser claras y precisas en su alcance y contenido, con la finalidad de que tanto ordenante como receptor puedan conocer con exactitud los efectos de esas órdenes, y también deben actuar con la máxima celeridad en la ejecución de las órdenes.
- Es una comisión de garantía: el comisionista responde frente al comitente de la entrega de valores y del precio.

- En principio el comisionista no puede operar por cuenta propia, haciendo de contraparte en aquella operación en que está ejecutando la comisión, salvo si el una sociedad de valores o una entidad de crédito, aunque aún en estos casos, el cliente debe conocer perfectamente dicha circunstancia.
- La comisión bursátil es una comisión onerosa per se y retribuida de manera libre, aunque deben ser las tarifas publicadas para que sean supervisadas por la CNMV.

Aunque encardinada en el concepto básico de comisión, hay que mencionar la presencia en el mercado de las denominadas Sociedades Gestoras de Cartera, que se encargan de gestionar carteras. Estas sociedades limitan su actuación a la gestión individualizada de aquellas carteras de sus clientes que les son remitidas para las correspondientes actividades de inversión.

La compraventa bursátil se hace hoy básicamente, a través del sistema de interconexión bursátil, que funciona de lunes a viernes dentro del denominada mercado continuo de 10:30 a 17:30. En la primera media hora hay un periodo de ajuste y realmente la contratación se hace desde las 11:00 hasta las 17:00, según unas normas estrictas de transparencia.

INCUMPLIMIENTO.

La entrega de los títulos y el pago del precio se hace a través de los miembros del mercado como entidades asociadas al mercado de compensación y valoración.

Se considera que existe un incumplimiento de la compraventa, cuando alguna de las partes se retrasa en el cumplimiento o ejecución del contrato.

En caso de incumplimiento se puede exigir, bien el cumplimiento exacto del contrato, bien la rescisión del mismo con la posibilidad de reclamar daños y perjuicios.

CREDITO EN OPERACIONES BURSÁTILES DE CONTADO.

Esta figura se creó con la idea de facilitar la compraventa de valores ante la prohibición de las operaciones a plazo.

Si el crédito es al vendedor, el comitente va a obtener unos valores que le permitan dar la orden de venta; si es el crédito al comprador lo que recibe es dinero. Tiene además la característica de que lo conceden miembros del mercado que a su vez van a ser los comisionistas de las posteriores negociaciones.

OFERTAS PUBLICAS DE ADQUISICIÓN DE VALORES.

La característica esencial de estas negociaciones, la finalidad que tienen todas las naciones para regular las OPAS es la de controlar esas operaciones de adquisición.

La normativa ha variado muy significativamente desde la primera regulación en 1980 hasta el Real Decreto 1197/1991 de 26 de junio que tiene por peculiaridad que mediante una norma de carácter reglamentario se modifica la regulación de las sociedades anónimas.

Las OPAS consisten básicamente en que una persona quiere obtener una participación significativa o de control de una sociedad que cotiza en bolsa, y para ello lanza una oferta pública de adquisición de sus valores. La oferta no pretende obtener el derecho a voto o el control total de la empresa, pero si una parte significativa.

Esencialmente las OPAS se clasifican según distintos criterios, distinguiéndose entre:

- OPAS amistosas y OPAS hostiles: las OPAS hostiles son aquellas en las que existe un conflicto de

intereses entre los administradores de la sociedad afectada y los de la oferente.

- OPAS obligatorias y OPAS voluntarias. Las OPAS obligatorias son aquellas que de acuerdo con el reglamento que regula estas operaciones, deben necesariamente efectuarse a través de los mecanismos previstos en la regulación específica. Según esto, son OPAS obligatorias:
 - ◆ Aquellas cuya causa reside en la adquisición de una cuota de dominio de la sociedad afectada, entendiéndose que entran dentro de esta calificación de cuota de dominio, cuando se toma o bien se aumenta una participación significativa en el capital de la sociedad afectada. Esas cuotas de dominio varían entre porcentajes sucesivos de hasta un 25% (para la toma de una cantidad significativa), un 50% del capital (para aumentar una participación significativa) o más del 50% (en este caso adquirirá la toma plena de decisiones sobre esa sociedad).
 - ◆ Aquellas que se hacen con una determinada finalidad entre las que nos encontramos:
 - ◇ Las OPAS que se dirigen para excluir de la cotización a una determinada sociedad (cuando una sociedad decide retirarse de la cotización), para ello el hecho determinante es el acuerdo de la propia sociedad interesada para excluir su cotización en bolsa.
 - ◇ Cuando se pretende reducir capital, pero mediante la amortización de parte de las acciones.

El resto de OPAS son voluntarias.

La operación para realizar una OPA es básicamente mediante la presentación de la oferta y su comunicación a la CNMV, organismo que normalmente procederá a la suspensión de la cotización. Esas ofertas tienen que estar basadas en un principio de igualdad de trato a todos los titulares afectados, oferta que puede ser en dinero, en valores o en ambas cosas a la vez; por regla general, porque hay algunas OPAS que tienen que ser obligatoriamente en dinero, p.e. OPAS por modificación de estatutos.

La normativa sobre OPAS, permite la posibilidad de presentar OPAS competidoras que pueden realizarse por la misma sociedad afectada o por otra sociedad; tienen que ser obligatoriamente en dinero.

TEMA 19

CONTRATO DE DEPÓSITO Y AFINES.

CUESTIONES GENERALES.

El contrato de depósito exige que se delimite su mercantilidad respecto del contrato de depósito civil, de tal forma que el Código de Comercio en el artículo 303 dice que para que el depósito sea mercantil se requiere lo siguiente:

- Que el depositario al menos sea comerciante.
- Que las cosas depositadas sean objeto de comercio.
- Que el depósito por si mismo sea una operación mercantil o se haga como causa o consecuencia de operaciones mercantiles.

De esa descripción se llega a la conclusión de que el depósito puede ser un contrato en si mismo considerado o bien puede ser una operación aneja a otra, y ello no es extraño, teniendo en cuenta que esa obligación de custodia del depositario, se da en muchos tipos mercantiles, p.e. en el contrato de transporte hay implícito un contrato de depósito que consiste en la entrega de objetos al transportista para que los transporte pero también para que los guarde y custodia. También ocurre en un contrato de comisión de venta.

CONTENIDO.

DEPOSITO REGULAR: es aquel deposito en el que el depositario adquiere junto al deber de custodia, la obligación de restitución íntegra de lo entregado. No hay variaciones en cuanto al objeto.

Los depósitos regulares han perdido vigencia en el Derecho Mercantil, aunque son utilizados en alguna operación, como el deposito en almacenes generales de deposito.

DEPOSITO IRREGULAR el depositante se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Es el deposito aplicable al deposito de dinero, que es el que ha adquirido primacía en el ámbito mercantil.

OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO.

La **obligación principal** es la custodia de la cosa, que se regula en el 306 que dice que el depositario está obligado a conservar la cosa objeto del deposito, según la reciba, y a devolverla con sus aumentos. Esta función de custodia implica:

- Que el deposito es un contrato real, el deposito se constituye cuando se entrega al depositario la cosa objeto del deposito. Así lo dice el 305.
- La exigencia al depositario de aquella responsabilidad derivada de los daños y perjuicios que sufran las cosas depositadas, que procedan de la malicia o negligencia del depositario y también los que provengan del vicio o naturaleza propios de las cosas si no se hiciere lo suficiente para evitarlos. Además esta última obligación tiene que ser observada desde la óptica de que el depositario es un comerciante profesional, que se dedica profesionalmente a ello, por tanto se le exige una responsabilidad que va más allá de la diligencia del buen padre de familia que normalmente exige el CC

La **segunda obligación** consiste en la devolución de la cosa objeto del deposito. Esta obligación es la que si se efectúa, provocará la finalización del contrato.

OBLIGACIONES DEL DEPOSITANTE.

Esencialmente va dirigida a la obligación del pago naturalmente retribuido. El depósito, por principio, es un contrato naturalmente retribuido.

Si las partes no pactan nada, se aplicarán los usos de la plaza.

Los depósitos que se efectúen en entidades de crédito se rigen en primer lugar por sus estatutos, en segundo por el Código de Comercio y en último por el Derecho Común-

TEMA 21

LOS CONTRATOS BANCARIOS.

INTRODUCCIÓN.

En el Derecho Español, se denomina actualmente entidades de crédito a una serie de asociaciones que se dedican esencialmente a intermediación mercantil del dinero, incluyéndose según el Real Decreto Legislativo (que es Ley formal)1298/86 de 28 de Junio, para adecuar la legislación interna al Derecho Comunitario sobre entidades de crédito, por medio de delegación del Gobierno, que dice qué son entidades de crédito: el Instituto de Crédito Oficial (ya no existe), los bancos, las cajas de ahorro y las cooperativas de crédito.

Las entidades de crédito en nuestro país están sometidas a autorización administrativa reglada, cierto es que está más pautado en bancos que en cajas de ahorro, esencialmente porque los bancos siguen siendo

competencia exclusiva del Derecho Estatal, mientras que las cajas de ahorro están en gran medida regladas por el Derecho Autonómico .

– Los bancos son Sociedades Anónimas, están regulados por RD 1245/95 de 14 de Junio donde dicen que tienen que tener una capital mínimo, íntegramente desembolsado de 3.000 millones de pesetas.

– Las entidades de crédito con configuración bancaria de las Comunidades Europeas, pueden actuar libremente en nuestro país, y su administración tiene que efectuarse mediante consejo de administración, que tiene que estar formado por al menos cinco miembros.

– Las cajas de ahorro son fundaciones, nacen en 1933 como entidades dirigidas únicamente al ahorro popular. Hoy están reguladas por una Ley de 2 de Agosto de 1985. Tienen una configuración organicista de carácter tripartito: Asamblea General, Consejo de Administración y Comisión de Control.

– Las Cooperativas de crédito, que son entidades cooperativistas, se rigen por la Ley 13/89 de 26 de Mayo. En España tienen poco asentamiento corporativista y han tenido poco éxito.

– Distinto de todo esto son las entidades financieras que ahora se llaman establecimientos financieros de crédito, regulados por RD 692/96 de 26 de Abril. Estas entidades se dedican exclusivamente a concesiones de créditos , al factoring, a arrendamientos financieros o leasing y también gestionan tarjetas de crédito y realizan avales y garantías. Son muy importantes en los créditos al consumo.

Según el RD Legislativo 1298 son entidades de crédito las empresas que tienen como actividad típica y habitual captar fondos del público en forma de depósitos, préstamo, cesión temporal de activos y otras análogas, que comparten la obligación de restitución, empleando tales fondos en la concesión de créditos por cuenta propia.

Esta descripción del artículo 1 recoge las dos grandes actividades que recaen sobre la actividad bancaria, que recaerían sobre:

- Lo que se denomina operaciones de crédito pasivas, dirigidas a la recepción del dinero por parte de los clientes.
- Operaciones de crédito activas, en las que el banco es encargado de conceder el crédito.

Hoy en día, no obstante, hay que referir que la actividad bancaria se ha ampliado mucho y realiza las actividades de intermediación como pe en la intervención financiera en las OPAS de venta.

El Banco de España es una entidad de Derecho Público que se nacionalizó por RD Ley de 1964 y que hoy está regulado por Ley de 1 de Junio de 1994. lo más importante, porque casi todo ha sido transferido a Europa, es que tiene capacidad normativa, que exclusivamente va dirigida a las entidades de crédito, pero que nos vinculan a todos, son las circulares. Realiza el control monetario en España y también tiene un poder inspector sobre las entidades de crédito y todos los establecimientos financieros de crédito.

CONTRATO BANCARIO

La actividad básica de la entidad de crédito es intermediar el dinero y es unánime entender que los contratos que realizan las entidades de crédito, entran de llano, íntegramente en el Derecho Mercantil, así viene siendo reconocido por el TS..

Estamos ante lo que la doctrina y la jurisprudencia llaman relación de clientela, de tal forma que el negocio bancario se asienta sobre la idea de confianza entre las entidades de crédito y sus clientes, de tal forma que los contratos bancarios son contratos de carácter fiduciario, en los que destacan las obligaciones de carácter

profesional que la entidad de crédito asume por la información que recibe de esos clientes.

El secreto bancario entraría recogido en ese ámbito de la confianza cliente– banco, más como una exigencia contractual que como una obligación predeterminada por el derecho público. Hay que tener en cuenta que en el Derecho Comunitario no ha habido acuerdo sobre el secreto bancario, básicamente porque las exigencias de los Derechos Nacionales son muy diversas. En nuestro país, salvo referencia en los estatutos del Banco de España, no hay regulación normativa, más al contrario, la jurisprudencia del TC viene estableciendo que ese pretendido secreto declina ante cualquier investigación judicial e incluso una investigación en el ámbito impositivo. La ruptura de ese secreto debe enmarcarse en lo que es la responsabilidad contractual.

El deber de información debe enmarcarse en las exigencias que tienen los bancos de informar a sus clientes. Deber de informar fiel y completamente a sus clientes. La legislación española es muy clara sobre este particular, así una OM del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989, exige que se informe a los clientes de todos los movimientos, deber que también se recoge en una circular del Banco de España, circular 8/90.

En cuanto al **defensor del cliente**: en la circular 8/90, el Banco de España crea el Servicio de reclamación del Banco de España. El sistema está estructurado sobre la exigencia de la reclamación previa a la entidad interesada, solo cuando el banco o no nos ha satisfecho o no ha contestado, es cuando podemos ir al Servicio de reclamaciones. Además como los contratos bancarios están sometidos a las condiciones generales de contratación, todos los contratos bancarios deberían estar sujetos también a la Ley General del Consumidor.

Repercusión administrativa en la contratación bancaria: si tiene repercusión, pero la mínima.

OPERACIONES DE CREDITO PASIVAS:

EL DEPOSITO BANCARIO.

Los depósitos bancarios son esencialmente en dinero , aunque también hay títulos valores, y son esencialmente depósitos irregulares de dinero, toda vez que lo esencial en estos contratos de depósito es que el banco adquiere la posibilidad de utilizar para sus actividades típicas esos depósitos a cambio retribuyen al cliente.

En los depósitos bancarios es esencial mencionar que la titularidad de los mismos puede estructurarse de manera individual y colectiva. Cuando es de manera colectiva, esa cotitularidad puede articularse a través de mancomunidad o de solidaridad, a través de firmas autorizadas.

En principio hay que presumir, salvo pacto en contrario en el contrato correspondiente, que existe solidaridad, cuestión distinta de lo mencionado es que para los terceros esa solidaridad, en cuanto a la disposición, implique que el depósito de dinero puede ser objeto de embargo en su totalidad por las obligaciones de alguno de los cotitulares; es permanente la jurisprudencia del TS y del propio TC que dice que no se puede presumir que estos depósitos sean solidarios a estos efectos.

En cuanto a la protección de los consumidores, en cuanto a los depósitos, una Orden Ministerial del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989 establece que en todos los depósitos a la vista o a plazo con importes inferiores a 10 millones de Pts. (60.000 €), la entidad depositaria, sin que el cliente tenga que solicitarlo, tiene la obligación de entregar un escrito, un documento en el que se recogen las fechas de valoración y las tarifas aplicables, es decir las comisiones y los gastos, debiéndose recoger también en este documento de manera explícita y clara entre otras cosas el tipo de interés nominal, la periodicidad del devengo. Los derechos sobre un posible reembolso y la tasa anual equivalente, y también están obligados los bancos cada vez que liquidan los intereses a facilitar al cliente un documento explicativo del procedimiento seguido para obtener el neto obtenido.

CLASES DE DEPOSITO.

Se distingue básicamente entre depósitos a la vista y depósitos a plazo.

Los depósitos a la vista permiten a sus titulares la disponibilidad inmediata de dichos fondos, distinguiendo aquellos en los que los titulares aceptan un compromiso de mantenimiento de dicho depósito. Estos depósitos tradicionalmente se han articulado a través de un instrumento que es la cuenta corriente bancaria que se apoya en una doble cantidad haber y debe en los que se anotan los ingresos y los pagos o detractos en un sistema de compensación permanente, por tanto, la cuenta corriente se instrumentaliza sobre la anotación contable..

Los depósitos a plazos o imposiciones. Es aquel en que el titular asume el compromiso de mantener a la entidad de crédito como depositaria de esos fondos durante un determinado lapso de tiempo. Esa situación de asumir un compromiso temporal permite a la entidad de crédito realizar operaciones de crédito que no se podrían efectuar con el depósito a la vista .

No obstante, lo anterior no significa que ese depositante no pueda proceder a retirar el depósito, a tal efecto las partes acuerdan las cláusulas de penalización para esta retirada anticipada . normalmente esta penalización suele instrumentalizarse mediante la pérdida de los intereses inicialmente pactados que se devengaban de manera efectiva al finalizar el plazo. El anticipo es penalizado contra los intereses que hipotéticamente recibiríamos al finalizar el plazo; este derecho que tienen los depositantes está reconocido desde 1987.

LAS LIBRETAS DE AHORRO

Normalmente se distingue frente a la cuenta corriente otro instrumento muy utilizado que es la libreta de ahorro, ya que, al menos inicialmente, la libreta de ahorro como es un depósito a la vista, carecía de servicio de caja permanente, que si que tiene la cuenta corriente.

En cuanto a los intereses (es un depósito retribuido) se fijan libremente por los bancos. La Ley 7/95 de Crédito al consumo, estableció limitaciones para los saldos deudores, de no superar el tipo de interés legal del dinero, en los contratos sometidos a esa Ley. Estos intereses, que son libres (el Código de Comercio al hablar de préstamos dice que el interés aplicado a operaciones mercantiles es libre, no sometido a condicionantes, la Ley de la oferta y la demanda), cierto es que esos intereses que les apliquen van directamente fijados, influenciados por el valor del dinero, es frecuente utilizar formulas, bien de los intereses fijos variables, y den, y dentro de los intereses variables, se establece un porcentaje que se aplica a un tipo de interés medio del mercado(EURIBOR) y las liquidaciones también se pactan.

Es destacable que el Código de Comercio en su artículo 309 conceptúe el depósito retribuido como un préstamo, conceptualización que es criticada por la doctrina, ya que el depósito retribuido no es un préstamo, es un depósito de entrega, si es irregular, de devolver lo mismo).

TEMA 22.

CONTRATOS BANCARIOS II.

1 OPERACIONES DE CREDITO ACTIVAS

A. LOS PRESTAMOS.

El concepto de préstamo está recogido en el CC y suele ir anejo a una formalización en escritura pública en razón de la ejecutividad que ello supone a efectos procesales, por otro lado son préstamos garantizados, toda vez que normalmente las entidades de crédito exigen a sus clientes de una y otra forma, la presentación de las

correspondientes garantías.

Normalmente, con carácter cotidiano, las entidades de crédito establecen un calendario de amortizaciones con o sin periodo de carencia, calendario que debe permitir al cliente o prestatario, la anticipación de las cuotas que se difieren o aplazan para restituir el capital, anticipación que es penalizada.

Como los calendarios de amortización se calculan con todos los intereses del tiempo previsto para restituir el capital, inicialmente cada cuota de amortización tiene una carga de intereses mucho mayor que las cuotas que se deberán obtener una vez avanzado el pago del préstamo. Por esta razón, desde el punto de vista económico hay un momento en el que me interesaría anticipar el préstamo. El interés puede ser fijo o variable.

Por supuesto todo préstamo tiene sus gastos.

EXTINCIÓN. El préstamo es un contrato basado en la confianza , por eso en los supuestos en que se produzca un incumplimiento por parte del prestatario, se procede por parte de la entidad bancaria a ejecutar ese préstamo y por ello a la liquidación y extinción del contrato.

B. APERTURA DE CREDITOS.

En virtud de este contrato, el banco se compromete, a cambio de una caución, a poner a disposición del cliente una determinada suma de dinero en forma de límite máximo, dentro del cual el acreditado puede retirar los fondos y disponer según sus propias necesidades, aplicando en cada disposición los intereses pactados en el contrato.

Aunque es un contrato muy similar al préstamo, en donde se entrega una cantidad fija en el momento de formalización del contrato en la apertura, la razón de la misma es la disponibilidad que se concede al cliente, de tal forma que de acuerdo con las necesidades del acreditado, este decidirá las correspondientes detracciones del crédito, hasta el límite máximo y se podrá reintegrar dinero a la apertura con la finalidad de que el capital utilizado sobre el que aplicar los intereses sea menor.

Las aperturas de crédito son utilizadas hoy en día, no solo como forma de financiación estrictamente profesional, sino que ha adquirido cierta importancia en el consumo doméstico.

Hay un ***** que permite la apertura de crédito mediante la devolución de plazos prefijados y cantidades determinadas de lo dispuesto, acrecentando en cada pago el cuanto del límite a disponer.

La apertura de crédito es un contrato consensual atípico, aunque el Código de Comercio lo menciona en el artículo 175, pero no lo regula, son retribuidos siempre mediante la aplicación de intereses a las distintas disposiciones y sino utilizan la apertura les penalizan con los consiguientes gastos.

Lo más normal es que la apertura de crédito se instrumentalice en una cuenta corriente, toda vez que la fluctuación del saldo es idónea para recoger el movimiento de la cuenta

C. ANTICIPOS.

Es una figura que solo aparece en el Derecho Italiano.

Hay una cosa similar en Derecho Administrativo, que son las partidas adjudicadas en las obras administrativas, el llamado certificado de obra.

D. CREDITOS Y PRESTAMOS PARTICIPATIVOS.

El préstamo participativo es una creación de la legislación de urgencia de la reindustrialización española, que se regula por Real Decreto Ley de noviembre de 1983 (RDL 11/83).

Consisten en que el préstamo que se concede a una entidad provoca que la entidad prestamista, que normalmente era la administración pública, adquiría el derecho, hasta tanto en cuanto no se reintegrara la totalidad del préstamo, a participar en los beneficios de la entidad prestataria (aunque en realidad los beneficios nunca existieron). La propia legislación era inconsecuente porque hablaba del derecho a participar en los beneficios, pero por otro lado hablaba de participar en los dividendos acordados por la sociedad (no es lo mismo beneficio que dividendo: beneficio se da cuando hay más ganancias que pérdidas. Dividendos es un acuerdo societario por el que se determina que se repartan una parte o la totalidad de los beneficios)

Para evitar beneficios ficticios se incluía el préstamo en el balance como pasivo.

E. CREDITOS SINDICADOS Y CREDITOS A SUBASTA.

Los dos son un préstamo.

- **CREDITOS SINDICADOS**: son aquellos préstamos que son concedidos por una mancomunidad de entidades de crédito. Básicamente la operación se articula de la siguiente manera: hay un banco líder que asume la dirección del préstamo, si bien es cierto que la gestión de ese crédito se atribuye a otra entidad de crédito, que es el denominado banco gestor y que tienen una función estrictamente administrativa. El préstamo, que suele ser de cierta cuantía y que normalmente se concede a Estados, es concedido en cuotas distintas por un conjunto de entidades distintas. Son cuotas mancomunadas, lo que supone que cada banco asume su parte, es decir, no son solidarias.

Es tradicional que haya algunos bancos que asuman mayor porcentaje en el crédito son llamados bancos jefes de fila.

Este tipo de préstamos son buenos tanto para los bancos, porque demuestran su solvencia, como para los que solicitan el crédito, ya que se entiende que si los bancos les conceden el crédito, es porque están seguros de que tienen solvencia para devolverlo.

Los préstamos sindicados normalmente se conceden en divisas, suelen intentar recoger cláusulas que eviten en lo posible el incumplimiento de los pagos por parte del prestatario. Fundamentalmente hay dos cláusulas:

- La que determina o impone que este préstamo es privilegiado sobre cualquier otro. En España esta cláusula no importa, no se tiene en cuenta porque tenemos un sistema de prelación de créditos que no se puede tocar, pero si cabe en otros ordenamientos, sobre todo en los anglosajones.
- La que determina que el prestatario no asumirá nuevos riesgos financieros, al menos sin autorización.
- **CREDITO SUBASTA**. Está muy unido al préstamo sindical. La práctica normal de la concesión de un crédito es que la entrega de dinero sea inmediata al requerimiento, pero en otras ocasiones el cliente se dirige a un banco, que es el banco agente, quien en razón de esa función asume la obligación de conseguir de los hipotéticos licitadores, que son entidades de crédito, las distintas partes o cuotas en que la totalidad del préstamo puede dividirse. La técnica es sencilla de entender, las cuotas se adjudicarán al mejor postor, a la entidad que frente a la oferta ofrezca condiciones más ventajosas, es posible que se aplique un único interés, en cuyo caso se elegirá el tipo de interés más alto, o bien pueden existir tipos de interés distintos, respetándose los tipos que ofrecieron en la subasta. Para el supuesto de que la subasta no tenga licitadores para la totalidad, es corriente que se abra una línea de crédito subsidiaria, bien con el propio banco agente o con otra entidad. Es también posible que las cuotas que asumen los bancos prestamistas puedan ser a su vez negociadas por la entidad de crédito, mediante transmisión a terceros..

F. DESCUENTOS.

Es un contrato muy importante.

Es una operación por la cual el banco o descontante anticipa a su cliente o descontatario, el importe de un crédito, todavía no vencido, que se encuentra presente contra un tercero, descontando los intereses correspondientes al tiempo que queda para el vencimiento, a cambio de la transmisión de la titularidad de ese crédito, salvo buen fin.

Su finalidad es la inmediata liquidez (quiero dinero) y eso se consigue transmitiendo la titularidad de un crédito vivo a un banco y garantizándole la solvencia del deudor, característica esta última, muy importante del contrato, tanto, que la jurisprudencia señala como requisito imprescindible de este contrato. (Se trata de una cesión de crédito, figura en la cual normalmente no se garantiza la solvencia del deudor. El banco es el que va a cobrar el crédito, si el tercero no paga el banco se puede dirigir contra el descontatario)

Esta transmisión prosolvendo, da lugar a que el descuento deba entenderse como un contrato atípico, pero distinto de cualquier otra figura contractual y en donde la cesión de crédito tiene una función, si bien instrumental, de carácter esencial..

Aunque el contrato en si mismo se celebra cuando se dan los requisitos que hemos visto, normalmente estas operaciones se van a instrumentar a través de títulos cambiarios, como la letra de cambio, o no cambiarios, como los certificados de obra, pero con suficientes garantías, que aseguren el cobro del crédito; se buscan instrumentos que aseguren, así, la letra de cambio es un instrumento idóneo para el descuento, toda vez que mediante el endoso transmitimos la titularidad del crédito y no solo garantizamos la solvencia del deudor, sino que también tiene fuerza ejecutiva.

El descuento además, en muchos casos, se asienta sobre operaciones financieras como es la línea de crédito.

Cuando se sustancia el contrato de apertura de crédito, pactamos que con cargo a esa apertura se procederá al descuento de aquellos créditos no vencidos que yo remita al banco. El descuento puede hacerse de manera individual, pero también puede ser un medio idóneo para la financiación empresarial, cuando haga falta liquidez.

Esa posibilidad se articula mediante el denominado descuento comercial, que la doctrina distingue del denominado descuento financiero, siendo este último el que no tiene un precedente sobre una operación comercial causal, algo que si aparece en el descuento comercial.

Cuando el descuento se instrumentalice a través de una letra de cambio, junto a las ventajas de la liquidez inmediata que esta operación supone para el descontatario, debemos añadir las innegables ventajas que la transmisión mediante el endoso concede en este título valor.

- Obligaciones esenciales del descontante (banco):
 - ◆ La entrega anticipada del dinero.
 - ◆ La carga, más que obligación, de presentar el crédito al pago en el momento de su vencimiento, puesto que si no lo hace así, perderá toda posibilidad de repetición contra el descontatario.
- Obligaciones del descontatario este va a tener que asumir, a parte de la aplicación del Principio de Buena Fe, el descuento de los intereses y gastos que la operación va a suponer y por supuesto, en caso de incumplimiento del deudor cedido, debe asumir el pago del crédito..

Es tradicional admitir que la situación concursal del deudor cedido permitirá al banco que ha descontado, solicitar el pago de la deuda al descontatario, con la correspondiente reducción por el periodo de tiempo en

que anticipamos dicho pago.

H. TARJETAS DE CRÉDITO.

Las tarjetas de crédito son aperturas de crédito, mientras que las de débito, teóricamente se ajustarían al denominado servicio de caja, en el orden de que permiten la detracción de dinero cargando el debe de manera prácticamente inmediata en el depósito del cliente.

El problema actual de las tarjetas, igual que ocurre con todas las operaciones con ordenador, es la seguridad, debido a su falseamiento y a su uso ilegítimo.

2. OPERACIONES DE MEDIACIÓN.

B. TRANSFERENCIA BANCARIA Y GIRO.

TRANSFERENCIA. La transferencia es un proceso típico de mediación bancaria y se incluye en el puro servicio de caja.

Básicamente consiste en una operación en la que el cliente le dice a su banco que con cargo a la disponibilidad que tienen en la entidad entregue una suma de dinero a otra persona.

Se viene distinguiendo entre transferencias internas, que son las que se hacen en el propio banco, y externas, que son las que se hacen fuera.

El problema básico es su causa, cabe preguntarse ¿Qué es la transferencia? Y ante esta pregunta hay posibles respuestas: es una cesión de deuda, una estipulación a favor de tercero, un mandato, una cesión de crédito.... En general debemos entender que la transferencia tiene una causa compleja, puesto que variará según la razón que mueva al ordenador (cliente). Unas veces puede tener origen crediticio, de tal manera que se procede al pago de la deuda, puede tener incluso una causa de crédito activo (entrego dinero a préstamo para que me sea devuelto) o puede tener una causa de mera intermediación (traspaso entre cuentas del mismo cliente).

El problema básico es que la causa no aparece normalmente en la orden, aunque hay en ocasiones en las que sí aparece esta causa, sobre todo cuando se paga en razón de una deuda, pero lo más normal es que no aparezca.

GIRO. El giro consiste en remitir dinero de un sitio a otro distanciado geográficamente. Esto ha perdido significación por las tarjetas de crédito.

C. CREDITOS DOCUMENTADOS.

CUESTIONES GENERALES.

También se llaman créditos documentarios.

El crédito documentado es una operación que se asienta sobre las operaciones de compraventa internacional. Como el vendedor desconoce la verdadera solvencia de su comprador, se estructura el pago sobre la sustanciación de una carta de crédito que emite un banco a favor del vendedor y con cargo al comprador.

La operación tiene siempre una estructura tripartita: comprador ordenante, que es quien ordena y paga al banco; banco emisor, porque emite la carta de crédito; y acreditado o vendedor, que es al que se acredita como persona que puede acceder a la carta de crédito.

FUENTES. LA UNIFICACIÓN INTERNACIONAL.

Los créditos documentados, dada su configuración internacional se han recogido en INCOTERMS de la Cámara de Comercio Internacional, cuya última redacción es de 1993.

CONTENIDO.

En cuanto a sus modalidades hay que decir:

- En cuanto al compromiso que adopta el banco emisor, deberíamos hablar de contratos revocables o irrevocables, denominándose así en función de que el banco pueda liberrimamente revocarlos o que por el contrario asuma una posición que le impida resolver el compromiso adquirido. En principio los créditos documentados se entiende que son irrevocables.
- Otra modalidad sería la posibilidad ampliamente utilizada de que intervenga en la operación un segunda banco que actúa como banco intermediario.
- Otra modalidad se refiere a la posibilidad de que el banco intermediario asuma una posición en la operación asegurando, confirmando, que la misma se va a llevar a cabo, en estos casos se llama banco confirmador y son créditos documentados confirmados; por lógica el crédito es irrevocable.
- Por la forma en que se puede utilizar el crédito se habla de créditos disponibles mediante el pago al contado o a plazos o bien mediante la aceptación o negociación de títulos valores, incluso el pago no tiene que efectuarse siempre coetaneamente con la entrega de los documentos, sino que es posible que dichos pagos se podrán efectuar en una fecha predeterminada, o bien se aplacen, según lo que se haya pactado entre las partes. Si aceptamos títulos valores lo que realizará el banco es aceptar aquella letra girada por el beneficiario efectuando dicha aceptación en razón del contrato que le vincula con su cliente

También cabe la posibilidad de que la acreditación pueda ser utilizada para hacerse cargo de distintas expediciones del objeto de la compra venta , por ello, los créditos pueden ser divisibles , de tal manera que cada una de las expediciones se corresponda con una parte de ese mismo crédito.

También es posible que el crédito documentado pueda ser utilizable, total o parcialmente, por un segundo o ulterior beneficiario, pe si aceptamos una letra, caso de la cesión de créditos.

Para que un crédito documentado sea transferible, es necesario que sea irrevocable.

- En cuanto a la cobertura ofrecida por el beneficiario, se habla de créditos con cláusula roja y con cláusula verde. Si el beneficiario no está todavía en condiciones de expedir la mercancía ni los documentos, es decir, actúa en descubierto, se utiliza la cláusula roja, si en cambio está en condiciones de cumplir de inmediato la entrega de mercancías y documentos, se usa la cláusula verde.

RELACIONES ENTRE LAS PARTES.

Entre el acreditado y el beneficiado estamos ante una relación causal de compraventa comprador–vendedor.

Es tradicional estimar que los incumplimientos contractuales, ya que normalmente el banco cumple, en principio no deberían interferir en la operación del crédito documentado. Estaríamos ante una situación e exigir objetiva, no deberían los incumplimientos por tanto interferir en la operación.

Las relaciones entre el acreditado y el banco son de clientela por parte de alguien (cliente) que ordena al banco la emisión de la carta de crédito. A cambio de ello el banco recibirá la correspondiente comisión.

Las relaciones entre el banco emisor y el beneficiario se circunscriben a la carga que asume la entidad de crédito de comunicar al beneficiario que se ha emitido la carta a su favor, siendo la responsabilidad de la entidad de crédito circunscrita a que el banco debe examinar cuidadosamente si los documentos que entregue el beneficiario aparentemente o a primera vista, se ajustan a las instrucciones de su cliente (acreditado).

Fuera de esas obligaciones el banco no asume ninguna responsabilidad sobre la suficiencia, la autenticidad, la exactitud o el valor legal de los documentos.

D. INTERVENCIÓN BANCARIA EN LA EMISIÓN Y COLOCACIONE DE TITULOS.

La banca tradicionalmente actúa como intermediaria, más desde la reforma de la Ley del Mercado de Valores.

La colocación de valores se hace a través de los dispuesto en el artículo 63 LMV y en el RD 291/1992.

Esta intermediación de los bancos básicamente se realiza de la siguiente forma:

- Mediante funciones de colocación por cuenta del propio emisor.
- En otros casos de dirección, cuando es la propia entidad la que se encarga de la colocación, incluso en algunos casos puede asegurar la colocación

E. COMPENSACIÓN BANCARIA.

El instituto de la compensación está recogido en el CC como específica forma de cumplimiento de una obligación, esencialmente dirigida a los supuestos en que los interesados se encuentran en una mutua posición recíproca de acreedor-deudor, de tal forma que mediante la reducción de los respectivos créditos por los, a su vez, respectivos supuestos de deuda, impliquen que el saldo resultante será el que se exigirá por alguno de los dos interesados.

Esta figura viene siendo usada por las entidades de crédito desde el siglo XIX en sus mutuas relaciones bancarias, en principio mediante la compensación singularizada de cada uno de los documentos a exigir o pagar a la otra entidad, se hacía manualmente, actualmente se hace mediante la compensación electrónica.

La efectividad de este sistema de compensación permite que las entidades de crédito reduzcan enormemente sus interrelaciones produciéndose un beneficioso efecto económico al limitarse al saldo resultante, una vez efectuada la correspondiente compensación

TEMA 23.

CONTRATOS BANCARIOS III

1. OPERACIONES DE CUSTODIA.

• EL DEPOSITO DE TITULOS VALORES EN PARTICULAR.

Tradicionalmente los bancos han sido gestores de los títulos valores de sus clientes. Eran depósitos administrados, toda vez que los bancos no se limitaban a la guarda y custodia de lo depositado, toda vez que estos títulos valores dan frutos, los bancos asumen la administración del depósito; en esa labor de administración se les exige la adecuada diligencia, lo que el Código de Comercio llama la diligencia exigible al buen comerciante.

En razón del criterio de la buena fe, en algunas ocasiones las entidades de crédito van a efectuar actividades que van más allá de la de la mera gestión, p e ejercitan el derecho de suscripción preferente en un aumento de

capital con emisión de nuevas acciones, por cuenta de su cliente, tienen que solicitar la opción, que la ejecuten o no da igual.

2. EL SERVICIO DE CAJAS DE SEGURIDAD.

También se llama alquiler de cajas de seguridad. Se dirige a aquel contrato por el que el banco permite a un cliente la exclusiva utilización de un compartimento dotado de especiales medidas de seguridad

, seguridad que está muy normada por el Derecho Administrativo, en cuanto a las normas de seguridad que deben tener esas cajas. Es uno de los pocos supuestos en los que hay una intervención administrativa.

Su naturaleza jurídica, hoy en día, es de carácter mixto, toda vez que tiene una vertiente arrendaticia, pero no es menos cierto que el banco asume igualmente una obligación de custodia, algo que no va junto con lo que supone un contrato de arrendamiento normal.

Esencialmente es sevicia de caja de seguridad se articula sobre la utilización por el usuario de la caja de seguridad de acuerdo con las normas contractuales, que son principalmente:

- El sistema de doble llave: una para la entidad de crédito y otra para el usuario.
- No se pueden utilizar las cajas para depositar objetos de origen ilícito o materias peligrosas y el usuario asume la obligación de identificación.

Si la caja de seguridad es robada, hay sustracción, en principio la entidad de crédito es responsable de la sustracción y debería asumir las pérdidas que sufre el usuario, pero el problema es probar que había dentro de la caja.

La extinción del contrato se produce cuando el usuario, bien abandona el contrato o bien deja de pagar el canon pactado, en estos casos las entidades de crédito proceden a la apertura de las cajas de seguridad ante presencia notarial y los objetos tienen que ser depositados adecuadamente bien en el Banco de España o bien judicialmente.

• GARANTIAS BANCARIAS.

B. GARANTIAS A PRIMER REQUERIMIENTO O A PRIMERA DEMANDA.

Tienen cierto parecido con los créditos documentados porque la operación consiste en lo siguiente: en una operación determinada una de las partes exige a la otra que garantice la obligación que esta última asume, mediante la presencia de una entidades de crédito que de manera absolutamente solidaria adquiere el mismo compromiso que la parte interesada, de tal forma, que llegado el momento en que sea exigible la correspondiente prestación, esta pueda de forma indistinta, ser exigida tanto al banco como a la parte afianzada. Entraríamos en una ámbito muy similar al del aval bancario.

Distinta de esta figura son las llamadas cartas de patrocinio o cartas de confort. Estas son documentos emitidos no solo por las entidades de crédito sino por empresas que en distinto grado de asunción de responsabilidades, garantizan el cumplimiento de obligaciones por parte de empresas pertenecientes a su mismo grupo de sociedades. Esta diferente forma de asumir responsabilidades se debe a que las cartas de patrocinio pueden ir desde una garantía encuadrada en la responsabilidad solidaria, hasta una mera declaración de intenciones.

C. PIGNORACIÓN E INMOVILIZACIÓN DE SALDOS.

Esta operación se dirige a utilizar el saldo positivo de una cuenta corriente como garantía del cumplimiento de

un determinado crédito, para ello, procedemos a instrumentalizar la operación a través de un contrato similar a la prenda, que obliga a inmovilizar ese saldo para la hipótesis de que vencido el crédito garantizado e incumplido el mismo, ejecutemos la garantía sobre el saldo de la cuenta corriente afecta a dicha garantía. Esta operación se articula mediante la formula de un a escritura pública que habilite la ejecutividad de tal garantía (es un título ejecutivo).

• **LOS LLAMADOS CONTRATOS PARABANCARIOS.**

Se denominan parabancarios porque en principio no eran operaciones incluidas en la actividad bancaria, pero actualmente si se incluyen.

A. PERMUTA FINANCIERA O CONTRATO DE SWAP.

Consiste en el intercambio de distintos flujos monetarios entre dos entidades distintas. Consiste en acordar que llegado un momento futuro, las entidades asumirán recíprocamente el cumplimiento de su respectivos contratos de crédito, o lo que es lo mismo, esas entidades modifican su actual estado financiero en cuanto asumen obligaciones de diverso tenor que el actual (p.e. una primera entidad tenía un contrato de préstamo a largo plazo y bajo interés y una segunda tenía un contrato de crédito a corto plazo y alto interés, la operación consiste en modificar su estado, asumiendo cada una de ellas las obligaciones de la contraria).

Esta permuta también se hace para intercambiar créditos en distintas divisas , que es verdaderamente para lo que se creo a principios de siglo XX, para conseguir dólares y poder hacer determinados pagos internacionales que son exigidos en esta divisa.

B. CONTRATOS A PLAZO SOBRE TIPO DE INTERÉS. FRA.

Es una pura especulación.

Dos entidades acuerdan especular sobre qué interés se aplicará a una cantidad determinada en un día futuro y con unas determinadas condiciones, la diferencia que exista a favor de una u otra entidad será la que marque la operación.

C. ARRENDAMIENTO FINANCIERO. LEASING.

Es una operación compleja que tiene como causa conseguir, el arrendatario o usuario, el uso y disfrute de un determinado bien, durante cierto tiempo, al cabo del cual, ese usuario adquiere el derecho de adquirir a título dominical el bien, mediante el pago de lo que se denomina precio residual.

Financieramente la operación consiste en dirigirse a una entidad para que adquiera un bien con la finalidad exclusiva de cedérmelo a cambio del pago periódico de unas determinadas cuotas, cuotas que recogen un porcentaje del precio y otro porcentaje del gasto que supone la utilización de este tipo de contrato (donde se incluye tanto el beneficio que se tiene que quedar la entidad por prestar este servicio, como otros gastos como impuestos... que corren a cargo del usuario)

El leasing básicamente nace en su momento para dotar de bienes de producción a aquellas empresas que momentáneamente necesitan aumentar su producción.

El leasing se regula en España pro primera vez en 1977 en un Real Decreto Ley de 25 de febrero, siendo la regulación general recogida posteriormente en la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que recoge el leasing en una Disposición Adicional. Esta regulación exige que los bienes afectos al arrendamiento financiero queden exclusivamente utilizados en explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. La razón de esta obligatoria afectación se

debe a que el leasing tiene importantes beneficios impositivos (se puede deducir bastante tanto de renta como del impuesto de sociedades), tratando de evitar así el abuso de esta figura.

En la doctrina española se ha discutido sobre la naturaleza jurídica del contrato. Hoy en día se admite que es un contrato mixto entre el arrendamiento y una importantísima faceta financiera.

Tradicionalmente se entendía que el leasing no incluía el mantenimiento, hoy en día si se admite esta posibilidad.

Dentro de los distintos tipos de arrendamiento financiero siempre se habla del llamado LEASE BACK que consiste en que la propia empresa constructora, fabricante o distribuidora vende sus propios productos a una entidad leasing para que esta se los arriende mediante este contrato. La razón de esta operación es estrictamente financiera: la empresa fabricante o distribuidora tiene los bienes paralizados, absolutamente improductivos, mediante el leasing los vende, que es una forma de obtener dinero, y luego los puede utilizar pagando las correspondientes cuotas y al final si lo desea incluso los puede comprar. Es algo que hacen mucho las casas de automóviles.

Hay una variante del arrendamiento financiero que es el LEASING OPERATIVO. Básicamente se aplicaba a bienes de consumo que podían hacerse viejos, obsoletos, con cierta rapidez, de tal forma que no era interesante venderlos, por ello los fabricantes arrendaban sin opción de compra estos bienes de consumo, con mantenimiento y con renovación, pasado el plazo fijado, siendo cambiados por otros más modernos, (se utilizaba mucho en aparatos informáticos)

RENTING. Es un arrendamiento con mantenimiento que se hace sobre todo en maquinaria industrial. Permite el uso de un bien a cambio de un precio.

El renting desde un punto de vista estrictamente jurídico no va más allá de un mero arrendamiento de cosas, por el cual se habilita al usuario a la posibilidad de utilizar un determinado bien, no consumible como ocurre en cualquier arrendamiento, mediante el pago de un determinada canon o precio, asumiéndose por parte del arrendador unas determinadas pautas de mantenimiento.

Es frecuente en estas operaciones que se determine que el usuario debe utilizar el bien de una manera estrictamente pautada, toda vez que si supera lo acordado (pe si el bien es un coche y se fija un kilometraje determinado, no se puede superar este) en el contrato, se produce un aumento del precio (el renting se empezó a utilizar por pequeñas empresas para alquilar maquinarias grandes que no les era rentable adquirir de modo definitivo, ahora se ha generalizado y se utiliza para todo).

D. CONTRATO DE FACTORING.

El contrato de factoring es muy complejo en cuanto a su causa, esta determinación reside en que estamos ante una operación que aunque esencialmente se dirige a la gestión de créditos ajenos, a cobrar esos créditos, ello no impide que la sociedad factoring realice otras operaciones en relación con ese mismo cliente al que le lleva la gestión del crédito, operaciones que pueden ser el estudio de mercado, el control y clasificación de los clientes o la llevanza de una determinada contabilidad.

Es un contrato atípico, no regulado en nuestro ordenamiento, pero un contrato con un gran futuro.

Si partimos del supuesto en el que el factoring se asienta sobre la gestión de cobros ajenos, (hay que recordar la cesión de créditos en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que en principio esa cesión es sin garantizar la solvencia del deudor) la clasificación de los factoring se asentará sobre aquellos contratos en los que la cesión del crédito se efectúa como causa de la operación, o por el contrario que la labor de la sociedad factoring se limite exclusivamente a gestionar el cobro.

Si suponemos que sí hay cesión de crédito, es posible que se pacte o no la solvencia del deudor, lo cual implicaría que habláramos de factoring con recurso o sin recurso, según la sociedad factoring adquiriera o no el derecho de repetir contra su cliente.

En las cesiones de crédito que se hacen en esta operación es también admisible que pactemos la anticipación del crédito (igual que en el descuento). Estos anticipos, si se pactan, pueden ser puntualmente efectuados por cada crédito cedido o bien se efectúan mediante liquidaciones periódicas.

En los factoring es admisible que se produzca la cesión global de créditos; esta cesión global implica que todos los créditos del cliente son cedidos a la sociedad factoring, cesión de créditos contra terceros que puede realizarse con o sin notificación a ese tercero deudor.

Normalmente los contratos de factoring permiten a la sociedad factoring, de manera casi libérrima, decidir que créditos admite o no para su cesión.

Hoy en día es corriente distinguir entre factoring nacionales e internacionales, la distinción más importante de los factoring internacionales es que en estos, dentro de los riesgos que la sociedad factoring no acepta asumir, están los riesgos políticos, como puede ser un golpe de Estado, modificación del régimen jurídico...

También se regula en los contratos de factoring la situación concursal en que caiga alguno de los intervinientes.

- Si cae en situación de concurso el cliente, la sociedad factoring en principio procederá a cumplir el contrato, salvo que pueda encontrarse en la situación de no poder percibir sus emolumentos, su pago (por que lo cobre y ese dinero pasa automáticamente a la masa concursal, la cual se va a repartir entre unos acreedores, y como la sociedad de factoring no tiene un crédito preferente, tendrá que ponerse a la cola para cobrar, razón por la cual puede no interesarle cobrar ese crédito).
- Si cae en concurso la sociedad de factoring, la situación variará de acuerdo a como se haya hecho el contrato. Si no hay cesión de crédito, prácticamente no hay ningún problema. Si hay cesión de créditos, con lo cual hay cambio de titularidad, si ha existido anticipo, los representantes el patrimonio del concursado incluirán ese pago en la masa del concurso, y si además es un factoring con recurso y el deudor no cumple, los representantes reclamarán el pago del crédito al cliente.

TEMA 24

CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE.

El contrato de transporte es un contrato por el cual el transportista, que llamaremos porteador, se obliga, mediante un precio, a trasladar a personas o cosas de un lugar a otro. Es por tanto un contrato oneroso y de resultado y consensual.

Muchas veces se asimila a un contrato de arrendamiento de obra, porque lo esencial es que se efectúe el transporte de la forma contratada, en los términos pactados.

Los contratos de transporte se regulan en los artículos 349 y siguientes del Código de Comercio y en el CC en los artículos 1601 a 1603.

También el fenómeno del transporte se encuentra bien, sometido a la autorización administrativa, bien mediante la exigencia de unos cumplimientos de la norma que habilita para ejercer la función de transporte.

El transporte aéreo y el marítimo están sometidos, en el ámbito del transporte de personas a concesión administrativa.

El transporte terrestre, si es de personas, está sometido a concesión administrativa, y son concesiones administrativas porque es la administración central la que se reserva la exclusiva titularidad de ese transporte.

El transporte de cosa terrestre está sometido a autorización para transportar (es la tarjeta de transporte).

La regulación del transporte se recoge en la LOTT Ley 16/1987 de 30 de julio, con un reglamento del año 1998 de 28 de septiembre

MERCANTILIDAD.

El contrato de transporte es mercantil según el artículo 349 Código de Comercio cuando se den alguna de estas dos circunstancias:

- cuando tenga por objeto mercaderías o cualquier efecto del comercio.
- Cuando el transporte lo realice como porteador un comerciante o quien se dedique habitualmente a realizar transportes para el público.

El Tribunal Supremo viene permanentemente concretando qué es transporte mercantil: cuando nos encontramos ante actividades profesionales y permanentes del transporte de personas y cosas.

EL CONTRATO DE TRANSPORTE DE COSAS. ELEMENTOS DEL CONTRATO.

El Código de Comercio regula dentro de la semántica del transporte, al transporte terrestre y dentro de ese transporte terrestre prácticamente sólo regula el transporte de cosa.

En cuanto al transporte de cosa tradicionalmente se distinguen:

A. ELEMENTOS PERSONALES.

- Cargador. Es aquella persona física o jurídica que celebra el contrato de transporte con el porteador y que por tanto se obliga a entregar los objetos que deben ser transportados. En ese momento es el acreedor de la primera fase del contrato.
- Transportista o porteador. Es quien asume la obligación de realizar el traslado, siendo muy posible que se produzca o realice un transporte por distintos porteadores, debiendo hablarse de distintos supuestos:
 - ◆ Podemos encontrarnos ante un único porteador como obligado a la ejecución íntegra del transporte que a su vez contrata a otros porteadores para efectuar algunas fases del porte (hay un solo obligado que es el que aparece en el contrato)
 - ◆ Distinto supuesto es que exista un transporte plural, es decir, que cada uno de los porteadores asume una parte del transporte de manera absolutamente independiente.
 - ◆ Otro supuesto es que uno de los transportistas se comprometa a realizar una parte del transporte y que posteriormente y de acuerdo con el propio contrato, asuma la obligación de conseguir otros transportistas. La situación es diferente al primer supuesto porque en este, ese transportista asume una posición de comisionista del transporte en lo que atañe a la búsqueda y contratación de otros porteadores. En este último caso, el comisionista garantiza el cumplimiento íntegro del porte (art. 373 Código de Comercio).

Si es un contrato de transporte internacional se regula por el Convenio de Viena de 1956.

Distinto de todo esto es la utilización de una agencia de transportes, que si bien asumen el resultado final, su función es contratar a los transportistas.

El Código de Comercio en el 373 cuando habla del transporte combinado establece la responsabilidad solidaria de todos los porteadores frente al cargador. Situación similar debemos aplicar a los casos en que el porteador actúe como comisionista (art.378 y 379).

La LOTT regula las denominadas agencias de transporte, que son aquellas entidades legalmente autorizadas para ejercer su función y que tienen como función esencial proceder a la ejecución del transporte, lo que efectúan a través de las correspondientes contrataciones con distintos porteadores, pero asumen la obligación del final del contrato de transporte (realizan en sentido muy amplio una comisión de garantía.) Otra cosa son las agencias de viaje, las cuales tienen como función la ejecución de un contrato de viaje, para lo cual tienen que dotar a sus clientes de un folleto informativo y se responsabilizan de la buena consecución del viaje

- **Destinatario.** Se denomina consignatario. Es el acreedor final del contrato de transporte y recoge esa posición bien mediante la carta de porte, bien del documento que la sustituya y pacten las partes.

- **ELEMENTOS REALES.**

El elemento real esencial del transporte son las mercaderías. Es doctrina consolidada que pueden entenderse como objeto del transporte las cosas corporales. (se planteó esto por el tema del transporte de la energía).

- **ELEMENTOS FORMALES. LA CARTA DE PORTE..**

La carta de porte es un documento que se admite generalizadamente, tiene las características de un título representativo y el artículo 350 Código de Comercio dice que porteador y cargador podrán exigirse la entrega de la carta de porte, semántica confusa, puesto que el propio Código de Comercio evidencia que no es un documento obligatorio en el artículo 354 (de hecho la LOTT se principió dando a entender que había una documentación que tenía que ser verificada por la Administración, pero se elicitó esa obligatoriedad por el TC).

Esa carta de porte puede emitirse nominativamente, a la orden o al portador, va a recoger los elementos esenciales del contrato, tanto los personales, como el objeto, en que lugar se hace, quien paga, cuanto se paga y quien responde. Realmente la carta de porte donde tiene interés es en cuanto a prueba, siempre se ha dicho que el 353 establece para con la carta de porte la presencia de una prueba privilegiada. No obstante el TC viene estableciendo últimamente que otros medios de prueba, ajustados a la legalidad, pueden destruir lo recogido como elemento probatorio en dicha carta de porte. En el momento actual la legislación procesal española sienta el principio de la apreciación libre de la prueba por los tribunales.

CONTENIDO DEL CONTRATO.

- **DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CARGADOR.**

El cargador según el 356 tiene el deber de entregar las mercancías al porteador en condiciones aptas para el transporte (si no es así, se pueden rechazar). Si el porteador tiene dudas sobre el contenido de los bultos puede registrarlos ante testigos y en presencia del remitente o consignatario; si no están estos hay que hacerlo ante notario.

Los gastos y el precio del transporte pueden correr a cargo del cargador, salvo que se pacte lo contrario.

El cargador debe entregar al porteador los documentos necesarios para el transporte (sería el caso pe de las mercancías peligrosas, que requieren una documentación administrativa determinada).

- **OBLIGACIONES DEL PORTEADOR. EL PRIVILEGIO DEL PORTEADOR**

El porteador es el que se encarga de transportar las mercancías.

El porteador tiene el deber de recibir la mercancía y cargarla.

El porteador debe realizar el transporte en la forma prevista en el contrato:

- Conduciendo las mercancías en las primeras expediciones que pueda.
- Además siguiendo el itinerario pactado o el que sea habitual y cumpliendo las leyes y reglamentos.
- También es obligación del porteador devolver la cosa recibida en el lugar de destino y a la persona acordada y en el tiempo pactado.

Si no se respetan supone un incumplimiento del contrato.

El Código de Comercio en el artículo 360 permite al cargador cambiar al consignatario, siempre que se tenga tiempo de prescribir la variación o que se pueda cambiar la carta de porte, esta facultad de variación solo se puede ejercitar si no se cambia el lugar de destino.

- El porteador tiene la obligación de custodiar con diligencia la mercancía.

El Código de Comercio establece la responsabilidad del porteador a sensu contrario al decir en el artículo 361 que la mercancía se transporta a riesgo y ventura del cargado, en consecuencia, después son de cuenta del cargador todos los daños y menoscabos que procedan de causa fortuita, fuerza mayor o naturaleza o vicio propio de las cosas, supuestos que debe probar el porteador y además dice el 362 que aunque sea por estos supuestos, es responsable el transportista si se prueba que los daños proceden de la negligencia o de no tomar las precauciones que el uso tiene adoptadas en las personas diligentes. También dice este artículo que si el porteador observare que los objetos transportados corren grave riesgo y no se pudiera contactar con los dueños para que dispusieran lo que corresponda, el porteador deberá proceder a su venta.

El privilegio del porteador. A imagen y semejanza de otros ámbitos del Derecho Mercantil, se establecen en el Código de Comercio cautelas para que el porteador perciba el precio del transporte y los gastos que puedan derivarse de la falta de pago, y a tal efecto el Código de Comercio establece que deberá procederse al pago de manera inmediata o en las 24 horas siguientes, pudiendo en caso contrario proceder el porteador a exigir la venta de las mercancías, para con el producto de esa venta cubrir el precio del transporte y los gastos correspondientes.

Esta posibilidad de venta también puede efectuarse a través de las Juntas Arbitrales del Transporte que son organismos conjuntos, por un lado la administración y por otro las empresas transportistas, que tienen una función arbitral, de aplicación de la transacción, de la solución de conflictos en el ámbito extrajudicial, pero también estas Juntas pueden proceder a la venta de los efectos.

Dentro de este privilegio también el artículo 375 establece la afectación de los efectos transportados al pago del precio y de los gastos. Este derecho especial prescribe a los 8 días de haberse efectuado la entrega. Después pasa a ser acreedor ordinario.

El artículo 376 Código de Comercio establece que el privilegio no se interrumpe por la declaración de quiebra del consignatario, siempre que reclame en el plazo de 8 días.

C) DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONSIGNATARIO.

Si recibe las mercancías tiene el deber de pagar los precios, a menos que sean a portes pagados. No obstante, además del precio, el consignatario tiene la posibilidad de abandonar o dejar en cuenta las mercancías, bien porque estas se hayan averiado, bien porque lleguen con retraso y por supuesto exigir las correspondientes

responsabilidades.

LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR.

En principio el porteador responde por tres supuestos:

- Porque no cumple en absoluto el contrato de transporte.
- Por la pérdida o avería de toda o parte de la carga: el artículo 363 Código de Comercio permite al destinatario rechazar la totalidad del porte, aunque solo se haya deteriorado parte del mismo, si entiende que no le es de utilidad el resto no averiado, es decir, puede proceder al deje en cuenta.
- Por el retraso. Se recoge en el artículo 371. hay que tener en cuenta que el retraso en el ámbito mercantil se asimila al incumplimiento total si así lo desea el destinatario, la razón es evidente, porque el Derecho Mercantil se basa en criterios de rapidez y celeridad.

Las consecuencias del incumplimiento a lo largo son las mismas, de toda vez que lo que dicen los artículos es que se deberá proceder a responder por el valor total del porte,, cierto es que cuando se habla de la pérdida absoluta de la carga, no se establece en el Código los mismos supuestos que en los supuestos de avería, al hablarse en éste último caso de peritar el valor de la pérdida.

El artículo 371 habla de la responsabilidad por retraso y habla de que se pagará lo fijado en la carta de porte como indemnización. La realidad es que o bien contractualmente o por disposiciones de carácter administrativo, lo que se establece son una serie de limitaciones de la responsabilidad, es decir, procedemos a una objetivación de la responsabilidad; si es un ámbito que lo aplicamos en la estricta contractualidad, la responsabilidad se establece, pero en la mayoría de los casos son las disposiciones administrativas las que limitan el precio por kilo o bulto.

EL TRANSPORTE DE PERSONAS.

Está sometido a leyes administrativas que determinan que todo el transporte regular está sometido a la correspondiente concesión administrativa.

Este transporte se caracteriza porque la carta de porte de sustituye por el billete que debería recoger todos los elementos del contrato y hacer alusión a que se ha pagados el seguro, pero últimamente no es tan riguroso.

Las líneas regulares se someten a la concesión administrativa en el ámbito de la demanialidad y siempre con la prevalencia del transporte ferroviario.

También es característico que te transporten el equipaje y responder del mismo, pero unicamente cuando le es entregado al transportista y con la correspondiente limitación de la responsabilidad

TEMA 25

CONTRATO DE SEGURO I

INTRODUCCIÓN.

El contrato de seguro se dirige a intentar evitar los perjuicios económicos que sufre el asegurado cuando por la producción de un hecho dañoso sufre patrimonialmente una minoración económica. Ese hecho dañoso, que doctrinalmente vamos a llamar siempre evento, tiene que estar dotado de algún elemento aleatorio.

El seguro nace como elemento contractual en las civilizaciones más arcaicas, tiene una importancia extraordinaria en el ámbito del Derecho Romano y vuelve a revitalizarse con el Renacimiento y la Ilustración.,

pero todo lo que hasta el siglo XVIII llamamos seguro no va más allá de un contrato encuadrado en el puro azar, en el juego, puesto que se carecía de conocimientos matemáticos suficientes para, mediante el estudio de la probabilidad, poder determinar la posibilidad de la causa del evento, cuyo daño aseguramos, y en base a ello, el precio, la prima, que como contraprestación pagará el tomador del seguro.

En el siglo XVIII los descubrimientos matemáticos sobre la probabilidad permiten que el contrato de seguro se convierta en un contrato aleatorio de base científica. Estos avances científicos provocan que la sociedad pueda demandar la sustantación de nuevos tipos de seguros, de tal forma que de los primeros riesgos asegurados (incendio y robo) se pasa a otros tipos de seguros de daños (seguro de crédito, seguro de responsabilidad civil...)y también los seguros de personas, por un lado los seguros de accidentes, sobre todo accidentes laborales, y luego el seguro de vida (que apareció más tarde porque se creía que iba a fomentar el asesinato).

Por último el seguro se ha trastocado en la actualidad porque ha pasado de ser un seguro individual, a ser un seguro de carácter colectivo, a través de la globalización de ciertos riesgos, que bien son asumidos por el Estado o bien se somete a los particulares a la obligatoriedad de celebrar ciertos seguros pe seguro de responsabilidad civil de vehículos a motor, seguros de asistencia sanitaria o los seguros dirigidos a cubrir necesidades futuras, estos dos últimos son los que asume el Estado.

TEORIA GENERAL.

El artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguros define este contrato de manera extraordinaria, muy clara: es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento, cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado, o a satisfacer un capital, renta u otras prestaciones convenidas. De este artículo se desprenden las características esenciales del contrato de seguro:

- Es un contrato oneroso: se establece una contraprestación del tomador del seguro mediante la prima.
- Es un contrato aleatorio, conectando este artículo con el 4 el contrato de seguro es nulo si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro. No se pueden asegurar los eventos imposibles.
- Es dual, porque los seguros son de indemnización objetiva (pagamos, cubrimos, aportamos económicamente lo necesario para cubrir daño) o son de indemnización subjetiva (pagamos una renta, un capital u otras prestaciones).
- Es un contrato de adhesión: el tomador del seguro, cuando sustancia el contrato asume el contenido que se le presenta por la aseguradora.
- Es un contrato mercantil. Esta determinación se encuentra plenamente asumida por la jurisprudencia española y además en el momento actual se asienta sobre la propia regulación, sobre la ordenación d seguros privados, que unicamente admite ser aseguradores a determinadas entidades que directa o indirectamente se encuadran en el ámbito mercantil.

ELEMENTOS.

PERSONALES.

Asegurador: según la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, (Ley 30/95 de 8 de noviembre) exclusivamente pueden ser aseguradoras las siguientes entidades:

- Aquellas SA cuyo objeto social es el seguro. Estas sociedades, de acuerdo con los riesgos que cubran, tienen la obligación de mantener unas determinadas reservas de dinero.
- Las mutuas: la figura de la mutua se asienta sobre la idea de que los riesgos asegurados en el caso de

que se produzcan eventos dañosos, determinan que los daños patrimoniales son objeto de reparto, de derrama entre todos los mutualistas. No obstante por razones evidentemente técnicas se distingue en nuestra legislación entre:

- ♦ Mutuas de prima fija: son aquellas en las que se procede a un estudio actuarial previo a los posibles daños a repercutir entre los mutualistas, de tal forma que el funcionamiento es muy similar el de una sociedad anónima aseguradora.
- ♦ Mutuas a prima variable: son aquellas en las que el ejercicio de la derrama se aplica en todas sus circunstancias.(pe derramas de las comunidades de vecinos)
- Las cooperativas de seguros: en España han tenido poco éxito.
- Las mutualidades de previsión social: son entidades a las que se dota de personalidad jurídica formadas por individuos que están unidos por algún vínculo de carácter profesional. Tradicionalmente solo se les permitía funciones de planes de jubilación y de asistencia sanitaria, la Ley del 95 amplió mucho sus funciones y les permitió prácticamente todo, y la última reforma les ha ampliado a casi la totalidad de la materia aseguradora.

Seguros por cuenta ajena y seguros por cuenta de quien corresponda.

El tomador del seguro es quien contrata, y por tanto el que asume las obligaciones esenciales recogidas en la póliza y el que paga, porque el asegurado es el que se encuentra protegido por este contrato respecto al posible daño patrimonial, si se produce el posible evento dañoso cuyo riesgo estamos asegurando.

Tomador y asegurado no tienen porqué coincidir, de tal manera que en los seguros se habla de seguros por cuenta ajena cuando el tomador es una persona distinta del asegurado. Hay algunos supuestos que se incardinan en el ámbito profesional, donde el tomador es el empresario y el asegurado es el trabajador.

Cuando se habla de seguro por quien corresponda, se trata de una posibilidad muy usada en el transporte que son las pólizas flotantes, y hace referencia a que en los transportes combinados se hace una sola póliza de seguros en la cual cada transportista asume una cuota de la prima de acuerdo con el porte que realiza.

En los seguros de personas existe la figura del beneficiario, que es quien se encuentra asegurado en la póliza correspondiente, sin ser el tomador de dicho seguro.

REALES.

El interés. Es un concepto básicamente dirigido a los seguros de daños, de indemnización objetiva, aunque ello no impide que también se pueda hablar de él y aplicarlo en los seguros de personas.

El interés es la afección patrimonial que tiene el asegurado para el supuesto de que se produzca ese evento dañoso cuyo riesgo tenemos cubierto; ello va a motivar que a veces el interés va dirigido a la reparación íntegra del daño o bien va a ir dirigido a la indemnización directamente.

El riesgo: es el concepto fáctico sobre el que apoyamos el seguro. Son riesgos aquellos supuestos de hecho posibles, cuya causación provoca el desequilibrio patrimonial y la necesidad de reparación.

Los seguros van a diversificarse, incluso normativamente, de acuerdo con los riesgos cubiertos en la correspondiente póliza, exigiéndose concretar los bienes o las personas cubiertas por el contrato (a mayor riesgo, mayor es el precio de la póliza).

Los riesgos han provocado que en la actualidad sea más frecuente que los seguros asuman una pluralidad e los mismos por cuestiones de orden económico para ambas partes (pe el multirriesgo del hogar que cubre cualquier daño que se pueda dar dentro de una casa).

Los riesgos pueden ser de cualquier tipo, también se aseguran riesgos ilícitos en su origen, la única exclusión es que no los produzca el propio tomador ni asegurado (se asegura el robo, y también se puede asegurar el suicidio, aunque se necesita un año de vigencia de la póliza).

Hoy es frecuente que los contratos se clasifiquen por el riesgo, de hecho, nuestra Ley de seguros clasifica los seguros entre seguros de daños y seguros de personas, y dentro de ambos casos, diversifica por los distintos supuestos de riesgos cubiertos en el contrato.

La dinámica actual es proceder a la presencia de las pólizas multirriesgo, en aras de la mejor Adecuación de las necesidades del asegurado a la prima y a la aumento del ámbito sobre el que puede recaer el contrato de seguro. En principio pueden entenderse asegurables todos aquellos riesgos que sean posibles supuestos de desequilibrio patrimonial, no obstante, nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 21/90 de 19 de diciembre reguló el Consorcio de Compensación de Seguros como entidad de Derecho Público, que asume el aseguramiento de algunos determinados riesgos sobre concretos bienes cubiertos por ciertos contratos de seguro, para eso el Consorcio asume los riesgos a cambio de una cuota de la prima.

Básicamente el Consorcio dice que riesgos catastróficos son los daños procedentes de fenómenos de la naturaleza, que se consideran exorbitantes. Hay algunos riesgos que el Consorcio no asume, que se pueden pactar en la póliza, p e los procedentes de conflicto armado, motín o tumulto, daños procedentes del derecho de manifestación y reunión, la caída de aerolitos...

Básicamente los seguros cubiertos por el Consorcio son los de responsabilidad civil por daños causados en automóviles o vivienda. El Consorcio, también en algún caso, asegura directamente algún riesgo, p e aquellos seguros obligatorios que no son asumidos por el resto de las aseguradoras, p e cuando las compañías de seguro no quieren asegurar a un conductor o los riesgos que puedan venir de la energía nuclear. El consorcio también asume, en algunas ocasiones el aseguramiento de los seguros agrarios combinados.

La prima. Es la denominación del precio del seguro. Esta prima se pacta libremente entre las partes; este pacto de pago de prima suele conllevar que la misma se efectúe periódicamente.

El impago de la primera prima produce como consecuencia ineludible que el contrato de seguro se extingue automáticamente, por el contrario, el impago de las primas posteriores permite al asegurador proceder a la resolución del contrato, ahora bien, la Ley del Contrato de Seguro dice en el artículo 15.2 que la falta de pago de una de las primas siguientes a la primera, significa que la cobertura del asegurador queda suspendida un mes después del día del vencimiento, y si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima, se entiende que el contrato queda extinguido.

Si no exigen el pago, las pólizas vuelven a tener plena efectividad a las 24 horas del día en el que el tomador pagó su prima.

Duración y periodo. La duración del contrato se determina en la póliza, no pudiendo nunca ser esa duración superior a 10 años, aunque se puede pactar la prórroga posteriormente , si se quiere oponer a la prórroga, deben notificarlo por escrito con dos meses de anticipación a la conclusión del periodo.

Otra cuestión es la prescripción de las acciones. Si las acciones derivadas del contrato de seguro son por seguro de daños, prescriben en el término de 2 años y de 5 si son seguros de personas.

FORMALES.

La póliza. Es pacífico hoy en día entender que el contrato de seguro es un contrato consensual. Ciertamente es que el artículo 5 de la Ley permite cierta confusión, porque dice que el contrato de seguro deberá ser formalizado por escrito, pero la doctrina y la jurisprudencia hoy en día, están de acuerdo con que es un contrato

consensual. También dice que el asegurador está obligado a entregar al tomador del seguro la póliza, o al menos el documento de cobertura provisional, esta póliza no es objeto de aprobación administrativa, pero si de vigilancia (ya que las compañías de seguros tienen que dejar las pólizas en la Dirección General de Seguros). El contenido de dichas pólizas está descrito en el artículo 8 de la Ley.

Cuando solicitamos un seguro, eso no vincula a dicho solicitante, aunque la proposición de seguro por la aseguradora lo vincula durante 15 días.

Las pólizas son títulos ejecutivos y se emiten nominativamente, a la orden o al portador.

Otros documentos. En el ámbito del seguro, es tradicional hablar del documento de cobertura provisional, que es aquel que se entrega antes de la formalización de la póliza.

También se habla de adiciones a la póliza cuando para no tener que emitir una nueva póliza, se procede a recoger en un documento anejo las modificaciones del contrato de seguro.

También deberíamos de hablar del documento de solicitud del seguro o el documento de proposición por la aseguradora que la vincula.

En el ámbito de este tipo de contrato, contratos de adhesión, debería de aplicarse estrictamente la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la regulación de cláusulas abusivas de la Ley General del Consumidor.

PARTICULARIDADES DEL PROCESO PERCEPTIVO. EL DEBER DE DECLARACIÓN EXACTA DEL TOMADOR.

La actual regulación del artículo 10 de la Ley del Contrato de Seguro, que esta en la Ley 21/9. de diciembre, dice respecto al deber de declaración, que quedará exonerado el tomador del seguro del deber de declaración si el asegurador no le somete a cuestionario alguno, o aún sometiéndole, no se encuentran en el cuestionario circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo.

Esta reforma de 1990 debe interpretarse en el sentido de que quien contrate un seguro (el tomador) lo que asume es la obligación de contestar exclusivamente a lo que se le pregunte y no más allá , esa es la esencia del deber de declaración.

Anteriormente las aseguradora utilizaban las reticencias del tomador para resolver el contrato, o al menos aminorar la indemnización. Hasta 1990 había que notificar a la aseguradora todo aquello que pudiera modificar el riesgo, hoy dice que hay que contestar fiel y verazmente a lo que se pregunta.

Cuestión distinta es el incremento o disminución de los riesgos, constante en el contrato; en estos casos dice el artículo 11 que el tomador del seguro o el asegurado, durante el curso del contrato, deben comunicar al asegurador, en cuanto sea posible, todas las circunstancias que agraven el riesgo, por si al ser conocidas al perfeccionarse el contrato, este no se hubiera celebrado o se hubiera concluido en condiciones más gravosas. Comunicada la agravación al asegurador, puede este, en el plazo de 2 meses proponer una modificación del contrato, en tal caso, el tomador dispone de 15 días desde la recepción para aceptar o rechazar la proposición; si la rechaza o no contesta en ese plazo, el asegurador puede rescindir el contrato, dándole para que conteste un nuevo plazo de 15 días, plazo que cuando se ultime se comunicará al tomador la rescisión definitiva en el plazo de los 8 días siguientes.

Si no se notifica la agravación, el asegurador puede también rescindir el contrato, para lo que tiene que notificar esa rescisión al asegurado dentro de un mes, a partir del día en que se tuvo conocimiento de la agravación.

¿Qué ocurre si en estos supuestos no se comunica la agravación y ocurre el siniestro? En estos casos, según el artículo 12.2 el asegurador puede quedar liberado de su prestación si el tomador o el asegurado hubieren actuado de mala fe.. si no hubiere mala fe, la prestación se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima pactada y la prima que hubiera debido pagarse por esa agravación.

Si es al contrario, es decir, el riesgo se aminora, según el artículo 13 el tomador o el asegurado lo pueden comunicar, en este caso, al finalizar el periodo en curso, deberá reducirse la prima en la proporción correspondiente, o en otro caso, el tomador podrá resolver el contrato. Teóricamente habrá que devolverse la parte proporcional del periodo desde que se notifica hasta que finaliza el periodo en curso, pero habrá que pedirlo.

CONTENIDO DEL CONTRATO.

Una característica esencial del seguro es el deber de comunicar el siniestro. El artículo 16 dice que el tomador, el asegurado o el beneficiario deberán comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro dentro de un plazo máximo de 7 días, a contar desde que se conozca, salvo que se pacte un plazo más amplio. Si se incumple el deber de comunicación, el asegurador podrá reclamar los daños y perjuicios causados por la falta de declaración y ello si no lo sabe directamente.

Además según el artículo 16, el tomador y el asegurado deben dar todo tipo de información sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro.

Otra cuestión es el deber de aminorar las consecuencias del siniestro. Dice el artículo 17 que el asegurado o el tomador deberán emplear los medios que estén a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro, porque el incumplimiento de este deber puede implicar, bien la reducción de la indemnización, o bien incluso la pérdida de la misma.

Dentro del propio siniestro, el asegurador se hace cargo de los gastos de salvamento, normalmente, salvo pacto en contrario hasta la cuantía fijada en el contrato, y nunca por encima de la suma asegurada.

EL PRINCIPIO DE PRONTO PAGO.

Como la finalidad del seguro es solucionar el desequilibrio económico, la Ley del Contrato del Seguro recoge en su articulado lo que la doctrina llama el principio de pronto pago (artículos 18 y 20)

El artículo 18 dice que en cualquier caso, el asegurador debe efectuar, dentro de los 40 días, contados a partir de la recepción de la declaración del siniestro, el pago del importe mínimo de lo que dicho asegurador pueda deber.

Otra cuestión es que el asegurador realice cuantas averiguaciones y peritaciones como crea necesarias. Por supuesto que debe permitirse, cuando ello pueda hacerse, que el asegurador sustituya la indemnización por la reparación del daño.

El artículo 20, modificado por la Ley del 90, determina que si la aseguradora no paga en un plazo de 3 meses, desde la declaración del siniestro, se podrá aplicar un interés anual no inferior al 20%.

CIRCULACIÓN DEL CONTRATO. LA CESIÓN DE CARTERA.

CIRCULACIÓN DEL CONTRATO.

La Ley del 80 solo regula la circulación de las pólizas sobre seguros de daños, el artículo 34 dice que cuando se transmita el objeto asegurado, el adquirente se subroga en los mismos derechos y obligaciones del anterior

titular del seguro. Se exceptúan de esto las pólizas nominativas sobre riesgos no obligatorios, si así se hubiese pactado.

Para dar cumplimiento a lo anterior el asegurado debe comunicarlo por escrito al adquirente y una vez efectuada formalmente la transmisión, debe comunicarse igualmente al asegurador, por escrito y en el plazo de 15 días desde dicha transmisión, y el asegurador puede proceder a la rescisión del contrato en el plazo de 15 días desde que se le comunicará dicha transmisión; si se efectuara dicha posibilidad, aun así, el bien transmitido estará asegurado durante un mes a contar desde la notificación.

Si son pólizas a la orden y al portador, no se puede rescindir el contrato.

CESION DE CARTERA.

Es una reminiscencia española, porque en España hay dos mediadores de seguro: agentes de seguro, que son dependientes de la aseguradora y corredores de seguro, que son independientes y se encargan de ofrecer las condiciones más favorables a los que sustancian pólizas de seguro con alguna aseguradora. Los agentes tienen derecho a la cartera de seguro, que implica que los seguros en que hayan intervenido, les conceden un derecho vitalicio al cobro del premio que les corresponda en la prima (es hereditario y transmisible, por lo que ninguna compañía lo admite).

EL REASEGURO.

El artículo 77 dice que por el contrato de reaseguro, el reasegurador se obliga a reparar, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, la deuda que nazca en el patrimonio del asegurador, que aquí es reasegurado, a consecuencia de las obligaciones de este último, asumidas como tal asegurador en un contrato de seguro.

El principio del reaseguro es el intento de paliar, en parte, los perjuicios económicos que puedan tener las aseguradoras por las indemnizaciones que tienen que asumir.

La doctrina se ha planteado la legitimidad de esta figura cuando la prima se asienta sobre la valoración de las probabilidades de que acaezca el siniestro, pero debe manifestarse que el reaseguro por un lado permite establecer primas más bajas para los tomadores, y por otro, permite una confianza patrimonial a las aseguradoras que en otros casos podrían no tener.

Los reaseguros son contratos entre reasegurador y reasegurado, exclusivamente, de tal forma que los asegurados no pueden pedir directamente la indemnización al reasegurador, pero por el contrario ese asegurado no puede verse perjudicado de ningún modo por el pacto que pueda existir entre reasegurador y reasegurado. Lo único que se concede a los asegurados es que en caso de que el asegurador entre en liquidación , voluntaria o forzosa, concederles una posición de acreedores privilegiados sobre el saldo acreedor del asegurador con su reaseguradora.

TEMA 26

CONTRATO DE SEGUROS II.

SEGURO CONTRA DAÑOS.

CUESTIONES GENERALES

EL INTERÉS

El interés es la afección patrimonial que tiene el asegurado sobre el bien sobre el que recae el seguro (pe un en un seguro sobre incendio sobre un bien inmueble, el interés será igual a la suma de valor del inmueble).

El concepto de interés tiene una primacía absoluta en los seguros de daños, porque son seguros de indemnización objetiva.

El artículo 26 es clarísimo sobre este particular al decir que el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado.

Para determinar el daño que procede del siniestro, debe atenderse al valor del interés asegurado en el momento inmediato anterior al siniestro.

En los seguros de daños debe conjugarse necesariamente la indemnización con la suma asegurada que se fije en la póliza, que es el límite máximo que se puede pagar por cada siniestro.

Esencialmente el principio proporcional indica que sobre la premisa de que la suma asegurada es el límite máximo indemnizatorio, que la indemnización efectiva se efectuará en la misma proporción en que la suma asegurada cubra el interés. Este principio, no obstante, puede eludirse expresamente por las partes pactándolo en la póliza. El valor del interés si aplicamos la regla proporcional es el que tenía el bien en el momento anterior al siniestro. Es corriente que en determinados bienes de difícil concreción se acuerde estimar el interés (en bienes cuya valoración en el mercado es muy difícil.)

Dentro de los seguros de daños hay que hablar de los supuestos en los que la suma indemnizatoria es muy superior al interés.

En los casos en los que hay un sobreseguro, cualquiera de las partes pueden exigir la reducción de la suma y de la prima. Si se produce el siniestro en caso de sobreseguro, el asegurador indemnizará el daño efectivamente causado. Si el sobreseguro es por mala fe, el contrato es ineficaz

Si hubiera discrepancia entre las partes sobre la valoración de los daños, puede procederse a la valoración pericial, que se asienta sobre la designación por cada parte de su perito. Si los peritos no llegan a un acuerdo, el juez deberá proceder al nombramiento de un perito dirimente.

SEGURO MÚLTIPLE.

Aquí se habla de dos posibilidades:

– Se habla del seguro múltiple o acumulativo cuando no encontramos con dos o más contratos estipulados por el mismo tomador, con distintos aseguradores para cubrir un mismo riesgo sobre un mismo interés y en idéntico periodo de tiempo.

En estos casos, salvo pacto en contrario, el tomador o el asegurado tienen que comunicar a cada asegurador el resto de los seguros sustanciados. Si se omite dolosamente esta comunicación y hay sobreseguro, los aseguradores no están obligados a indemnizar. Si se actuado correctamente, cada aseguradora indemnizará en proporción a la suma asegurada por ella. Si alguna de estas aseguradoras pagara una cantidad superior a la que proporcionalmente le correspondiera, puede repetir contra el resto de aseguradoras.

– La otra figura es el coaseguro que existe cuando mediante uno o varios contratos referentes al mismo interés riesgo y tiempo, se produce un reparto de cuotas entre los distintos aseguradores, previo acuerdo de ellos y el tomador.

SUPUESTOS ESPECIFICOS DE LOS SEGUROS CONTRA DAÑOS.

1. SEGURO CONTRA INCENDIOS.

El artículo 45 de la Ley de contrato de seguros lo define como el seguro por el que asegurador se obliga a indemnizar los daños producidos en un objeto tras un incendio. La Ley aplica lo que es un incendio, así, se entenderá incendio, a efectos de la Ley, la combustión y el abrasamiento con llama, capaz de propagarse aun objeto y objetos que no estaban destinados a ser quemados en el lugar y momento en que se produce.

La cobertura de los seguros de incendios se extiende a los objetos descritos en la póliza. Se incluye mobiliario, las casa de ese común, tanto del asegurado como de sus familiares dependientes y quienes convivan con él. No quedarán comprendidos en los valores mobiliarios ni los billetes de banco ni los objetos preciosos .

La destrucción o deterioro de los objetos asegurados fuera del lugar descrito en la póliza excluye la indemnización.

En los seguros de incendios, se aseguran siempre los daños ocasionados por impedir, cortar o extinguir el incendio y también los gastos del transporte de los efectos rescatados.

2. SEGURO DE ROBO.

La Ley en el artículo 50 se dirige a asegurar los daños derivados de la sustracción ilegítima por parte de un tercero de las cosas aseguradas . la cobertura comprende el daño causado por la comisión del delito en cualquiera de sus formas.

El concepto de tercero es muy amplio, ya que es todo aquello que no está incluido en la unidad familiar.

Con robo también se incluye hurto.

Se indemniza el interés del bien sustraído y que no sea hallado en el plazo señalado en el contrato y los daños que ocasione la comisión del delito. No se indemnizará si la sustracción es a causa de una negligencia grave del asegurado o de quienes con el convivan.

SUBROGACIÓN DE SEGUROS PRIVADOS.

Se establece la posibilidad de que el asegurador una vez que paga la indemnización podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización. Este artículo excluye esta posibilidad subrogatoria en el caso de que pudiere ser dirigida contra personas cuyos actos den origen a la responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni ***** el causante del siniestro que sea respecto del asegurado pariente de línea directa colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo . no obstante esta posibilidad de la subrogación no tiene efecto si la responsabilidad proviene de solo o estuviere específicamente asegurada. Frente a ello hay que admitir dos premisas:

- Que las primas se evalúan teniendo en cuenta el ***** que logran las aseguradoras
- Muchos supuestos no serían perseguidos si no fuera por las aseguradoras.

3. SEGURO DE TRANSPORTES.

Se recoge, para los transportes terrestres en los artículos del 54 al 62 de la Ley, solo para los transportes terrestres, ya que las normas para los seguros del transporte marítimo siguen en el Código de Comercio y los seguros de transporte aéreo están en la Ley de Navegación Aérea.

Este seguro se dirige a indemnizar los daños materiales que sufra la carga. La Ley con bastante precisión

regula los supuestos de transporte combinado y son seguros donde se utiliza en gran manera el*****

Tienen una vigencia muy corta.

4. SEGURO DE LUCRO CESANTE.

Es aquel que lo que está cubriendo es la pérdida del rendimiento económico que hubiere podido alcanzarse en un acto o actividad, de no producirse el siniestro. Es un seguro dirigido a prever el deterioro patrimonial que puede sufrir el asegurado por razón de la imposibilidad de alcanzar un determinado beneficio económico. Este seguro tiene una posibilidad de aplicación a una enorme cantidad de objetivos.

A modo de mero ejemplo, este seguro se utiliza para los supuestos de huelga y cierre patronal.

Otro seguro de lucro cesante on los seguros agrarios combinados : se hace una precisión de ganancias sobre el ciclo agrícola correspondiente. Estos seguros agrarios tienen como característica que la administración asume parte del pago de la prima.

La Ley de Contrato de Seguro explicita que en los seguros de lucro cesante no solo se cubre la pérdida de beneficios, sino también los gastos que origine el siniestro y los gastos generales que tenga que continuar asumiendo el asegurado. En estos seguros, la Ley recoge con nitidez el hecho de que si solo aseguramos la pérdida de beneficios, las partes no pueden predeterminar el importe de la indemnización.

5. SEGURO DE CAUCIÓN.

Este seguro lo que hace es que el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro, de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad. por los daños patrimoniales sufridos por dicho incumplimiento.

Dadas las características de este contrato la Ley dice que todo pago que haga el asegurador deberá ser reembolsado por el tomador.

Contractualmente, el seguro de caución se puede pactar en cualquier tipo de contrato,(viene a cumplir las mismas funciones que una garantía)

La Ley de edificación obliga a los constructores a hacer un seguro de caución.

6. SEGURO DE CRÉDITO.

El artículo 69 dice que este seguro es aquel por el que el aseguradores obliga a indemnizar al asegurado las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores. Lo que el acreedor asegura con la aseguradora es la posible insolvencia. La Ley establecía, cuando había insolvencia definitiva, pero como la Ley concursal está por encima, lo olvidamos.

El asegurador no solo se hace cargo del crédito impagado, sino también de todos los gastos que ese impago suponga.

TEMA 27

CONTRATO DE SEGUROS III

EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

Este seguro tiene como finalidad según el artículo 73 el cubrir el riesgo del nacimiento, a cargo del asegurado, de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, y de cuyas consecuencias sea civilmente responsable dicho asegurado.

Su regulación debe completarse con dos ideas fundamentales:

- Con el aumento de la objetivización de la responsabilidad patrimonial, de tal manera que el criterio romano de la responsabilidad extracontractual, que se basa en un criterio culpabilista, se ha ido objetivizando, se incrementa de forma objetiva en la responsabilidad.
- En relación con lo anterior se ha procedido a una asunción del derecho publico de asumir seguros a los particulares porque es obligatorio el seguro de responsabilidad civil de todo propietario de vehículos a motor, el seguro obligatorio de viajeros, el seguro de caza, el seguro de los perros...

El asegurador se compromete a mantener indemne al asegurado, dentro de los límites del contrato del seguro, cuando el patrimonio de este se vea agravado por el nacimiento de una deuda de la que es responsable. La deuda puede proceder de una responsabilidad extracontractual o contractual, art. 63 LCS; el riesgo es el nacimiento, a cargo del asegurado, de la obligación de indemnizar a un tercero (deuda de resarcimiento de daños); el acreedor debe ser un tercero que ha sufrido los daños y perjuicios causados y de cuyas consecuencias es civilmente responsable el asegurado. El riesgo de nacimiento de la deuda debe referirse a los daños causados por un hecho previsto en el contrato.

El asegurador debe hacer frente a los siniestros ocurridos en el tiempo de duración material de la relación jurídica aseguradora; pero en algunas clases de seguros de responsabilidad civil el conocimiento del momento en que se ha producido el siniestro es difícil (por ejemplo daños producidos por productos farmacéuticos), por lo que surgen cláusulas que suelen delimitar temporalmente la cobertura del siniestro, teniendo en cuenta el momento en que se efectúa la reclamación del tercero perjudicado contra el causante del daño.

En lo que respecta al seguro sobre vehículos de motor, se regula por el RD 17/2001 de 12 de enero, que es una refundición de la Ley de Uso de Vehículos de motor de 1962, la responsabilidad de vehículos a motor es casi objetiva, prácticamente objetiva en las personas y casi objetiva en los daños personales, decimos que es casi objetiva porque si se está bajo los efectos de drogas o alcohol no se responde.

El tercero perjudicado tiene acción directa frente al asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar; el asegurador y asegurado causante del daño son responsables en forma solidaria: pudiendo ser demandado el asegurador sin hacerlo al propio tiempo el causante del daño.

La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado; pero el asegurador puede oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra este, sin perjuicio de repetir el asegurado en determinados supuestos. El asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado. Para ciertas actividades es obligatorio el seguro de responsabilidad civil (por ejemplo para la conducción de vehículos a motor)

SEGURO DE RESPONSABILIDAD DEL AUTOMOVIL

Está regido por la ley sobre la responsabilidad civil y el seguro en la circulación de vehículos de motor. Cubre la responsabilidad del conductor del vehículo por los daños que cause a las personas con motivo de la circulación o a las cosas (daños corporales y materiales):

- Daños a las personas: Responsabilidad casi objetiva basada en el riesgo creado por la conducción del vehículo, de la que solo puede exonerarse el conductor si prueba que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o negligencia del perjudicado, o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo

- Daños a los bienes: Responde el conductor conforme a las normas generales del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual si hay negligencia del conductor y del perjudicado, se valora equitativamente las responsabilidades y se reparte la cuantía de la indemnización

El propietario del vehículo debe suscribir un contrato de seguro que cubra, (hasta la cuantía del aseguramiento obligatorio) la responsabilidad civil, el incumplimiento de la obligación de asegurarse prohíbe la circulación del vehículo por el territorio nacional y se sanciona con multa. El asegurador (dentro del aseguramiento obligatorio) deberá satisfacer, al perjudicado o a sus herederos, el importe de los daños sufridos, quienes tendrán acción directa frente al asegurador para exigir indemnización que prescribe por el transcurso de un año.

Efectuado el pago de la indemnización, el asegurador podrá repetir contra el conductor y el propietario del vehículo causante del daño, si fuera debido a la consulta dolosa de cualquiera de ellos, a la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas o de drogas; también podrá repetir contra el tercero responsable de los daños y contra el tomador del seguro o asegurado por causas derivadas del contrato. Cuando el daño sea causado por un conductor desconocido, o por un vehículo robado, no asegurado o asegurado por entidad aseguradora disuelta o declarada en quiebra o suspensión de pagos el perjudicado tendrá acción directa contra el Consorcio de Compensación de Seguros.

EL SEGURO DE VIDA

CONCEPTO Y CLASES.-

El seguro de vida es aquel contrato en el que la prestación del asegurador consiste en el pago al asegurado o al beneficiario de una suma, cuando se produzca un evento que se refiere a la duración de la vida humana (art. 83 Ley Contrato Seguro). El tomador del seguro, en un contrato de seguro individual de duración superior a 6 meses (sobre la vida propia o la de un tercero), podrá resolver el contrato en los días siguientes a la fecha de entrega de la póliza o un documento de cobertura provisional.

El tomador tiene derecho a la devolución de la prima que hubiere pagado, la parte correspondiente al tiempo en que el contrato hubiera tenido vigencia.

CLASES:

- **SEGURO PARA CASO DE MUERTE DEL ASEGURADO.** Se distingue entre:
 - Temporal- el pago de la indemnización al asegurador se subordina al hecho de que la muerte del asegurado se produzca dentro de un determinado periodo de tiempo.
 - De vida entera- la cobertura del riesgo por fallecimiento se extiende a toda la vida del asegurado.

Estos seguros por regla general, se realizan sobre una sola cabeza (la vida de una sola persona), pero pueden referirse a 2 ó más cabezas. El asegurador deberá pagar indemnización cuando fallezca alguna de las personas mencionadas en el contrato. El tomador tiene el deber de declaración, respondiendo al cuestionario presentado por el asegurador sobre la vida del asegurado, con referencia a los antecedentes familiares, edad y causa de fallecimiento de los padres, enfermedades del asegurado, hábitos, etc.).

Cuando el capital asegurado es de cierta importancia, un reconocimiento médico efectuado por el médico del asegurador. Para establecer una cierta seguridad, transcurrido un año desde la fecha de conclusión del contrato (salvo que el tomador haya actuado con dolo), el asegurador no podrá impugnar la validez de ésta conclusión (art. 89 LCS).

Si la inexactitud se refiere a la edad del asegurado, el asegurador podrá impugnar el contrato si esta edad

excede de los límites de admisión en él establecidos (art. 90 LCS). La edad es un elemento de singular importancia: la edad mínima del asegurado para caso de muerte es de 14 años, y la edad máxima es de 60 a 70 años. Si la inexacta indicación de la edad no afecta a los límites, se darán modificaciones en cuanto al importe de la indemnización o de la prima. Si la prima es inferior a la que correspondería pagar, la prestación del asegurador se reducirá en proporción a la prima percibida; y si es superior, deberá restituir el exceso de las primas percibidas sin intereses.

Art. 91 LCS: El seguro de vida para caso de muerte cubre todas las causas de fallecimiento del asegurado, salvo las expresamente excluidas; el suicidio del asegurado queda cubierto, salvo pacto en contrario. No es causa de liberación del asegurador del pago de la indemnización el supuesto de que el beneficiario cause dolosamente la muerte del asegurado, pues si bien el beneficiario pierde el derecho a la indemnización, el tomador o sus herederos tendrán derecho a ella (art. 92 LCS)

- **SEGURO PARA CASO DE VIDA:** La liberación del asegurador está condicionada a la supervivencia del asegurado en una determinada fecha que se fija por medio del plazo a partir de la celebración del contrato, o con relación a la edad del asegurado. El daño que se cubre viene dado por la existencia de determinados gastos (principalmente los de subsistencia) cuando la capacidad de rédito del asegurado por causa de la vejez (que lleva consigo su jubilación o el cese de su actividad productiva) ha disminuido. Las combinaciones son muy variadas, con relación al pago de la prestación por parte del asegurador (cantidad que entrega de una vez o una renta vitalicia), o con referencia a las personas aseguradas.
- **SEGUROS MIXTOS:** El asegurador cubre alternativamente el riesgo de muerte y el de supervivencia del asegurado: queda obligado a abonar una suma (en función de cantidad o renta) si en una determinada fecha vive la persona asegurada, o si falleciese antes de ésta fecha; los riesgos cubiertos son alternativos.

ELEMENTOS PERSONALES: EL BENEFICIARIO

En el contrato de seguro de vida surge una pluralidad de elementos personales, que superan los normales del contrato de seguro, pues además del asegurador y del tomador, surge la figura del beneficiario, (distinta del asegurado y del tomador), al corresponder los derechos que se derivan del contrato. Los asegurados pueden ser varios:

Asegurado puede ser cualquier persona siempre que tenga más de 14 años y no esté discapacitado (art. 83 LCS).

En los seguros para caso de muerte, si son distintas las personas del tomador y del asegurado será preciso el consentimiento de éste por escrito. Si el asegurador es menor de edad se necesita además la autorización por escrito de sus representantes legales.

El beneficiario es la persona que tiene derecho a la indemnización pactada en el contrato; su designación puede efectuarse sin que sea necesaria su aceptación, y corresponde al tomador en la póliza, en una declaración posterior escrita y comunicada al asegurador o en testamento. Si en el momento del fallecimiento del asegurado no hubiese beneficiario concreto, se indemnizará al tomador. La ley establece reglas para la determinación de los beneficiarios cuando ésta exista de forma genérica:

- si los beneficiarios son los hijos, lo serán todos los descendientes con derecho a herencia.
- si son los herederos del tomador, del asegurado o de cualquier persona, serán los que tengan tal condición en el momento del fallecimiento del asegurado.
- si son los herederos sin mayor precisión, se considerarán como tales los que tengan tal condición en el momento del fallecimiento del asegurado.

- si es el cónyuge, se refiere a quien lo sea en el momento del fallecimiento del asegurado.

Supuestos en caso de que la designación se efectúe a favor de varios beneficiados:

- si no tienen la condición de herederos, la prestación se dividirá en partes iguales entre ellos.
- si se hace a favor de los herederos, la distribución se hará en proporción a la cuota hereditaria.

El tomador puede revocar la designación del beneficiario en cualquier momento sin consentimiento del asegurador (Art. 84 y 87 LCS), en la misma forma utilizada para realizar la designación:

Si se hizo en póliza, mediante un suplemento a la misma; si fue declaración posterior mediante otra similar; y si fue en testamento mediante modificación del mismo. El tomador puede renunciar a su facultad de revocación notificándolo al asegurador y al beneficiario; esta renuncia le hará perder los derechos de rescate, anticipo, reducción y pignoración de la póliza.

El derecho de crédito del beneficiario frente al asegurador es autónomo, y se manifiesta, frente a eventuales reclamaciones de los herederos legítimos del tomador o a las que formulen contra éste los acreedores de cualquier clase (art. 88 Ley Contrato Seguro). En el supuesto de quiebra o concurso del tomador (que le imposibilita para seguir pagando las primas pendientes), los órganos de representación de los acreedores podrán exigir al asegurador la reducción del seguro, lo que implica que el derecho de crédito del beneficiario se verá disminuido en la fecha correspondiente.

CONTENIDO

. Reducción y rescate de la póliza: El seguro de vida se inspira en el principio de equivalencia de prestación de los contratantes; se establece la proporcionalidad entre la entidad del riesgo y el cálculo de la prima. La falta de pago de la prima convenida, libera al asegurador del pago de la suma asegurada. En ciertas modalidades del seguro sobre la vida, si el contratante no puede o no quiere continuar con la vigencia del contrato, tiene derecho a percibir una compensación por parte de las primas pagadas que corresponden a riesgos futuros (que han nutrido la reserva matemática), si figura este derecho en la póliza aparece así el valor de rescate y reducción de la póliza, en la que deben recogerse los derechos del asegurado en estos casos (art. 94 LCS), que normalmente se reconocen en los seguros para caso de muerte cuando el contrato lo es de vida entera. Los derechos de reducción y de rescate no se reconocen en los seguros de supervivencia ni en los temporales para caso de muerte.

Rescate: Cuando el contrato se resuelve por voluntad del tomador del seguro, una vez pagadas 2 anualidades, y si no se ha producido el fallecimiento del asegurado; el tomador tendrá derecho a que éste le entregue la cantidad que corresponda al tiempo transcurrido, conforme a la tabla de valores de la póliza (art. 96 LCS).

Reducción: –Implica una modificación del contrato: el contratante se libera del pago de las primas futuras, y el asegurador ve reducida la cuantía de su prestación, según la reserva matemática; la facultad de reducción puede ser ejercitada cuando haya transcurrido desde la conclusión del contrato, un tiempo no superior a 2 años desde su vigencia; transcurrido este tiempo, la reducción se produce cuando lo solicite el tomador o cuando se deje de pagar la prima. El tomador tiene derecho a la rehabilitación de la póliza en cualquier momento antes del fallecimiento del asegurado.

- Préstamos sobre pólizas y pignoración de la póliza: El tomador puede obtener créditos sobre la base de la póliza de seguro, por parte del asegurador o de un tercero.
- En el primer supuesto, se refiere a los contratos de seguro sobre vida entera para caso de muerte; debe preverse que el asegurador concederá al tomador anticipos sobre la cantidad asegurada conforme a las condiciones fijadas en la póliza, una vez pagadas al menos 2 anualidades.

- En el segundo supuesto, la póliza puede ser objeto de prenda para obtener un crédito de un tercero; se puede para cualquier clase de seguro de vida, siempre que no se haya designado beneficiario con carácter irrevocable (que el tomador no haya renunciado a su facultad de revocación); en este caso no podrá pignorar la póliza. El tomador deberá comunicar al asegurador por escrito la pignoración de la póliza.

SEGUROS DE ENFERMEDAD Y ACCIDENTE

SEGURO DE ENFERMEDAD

–El Art. 105 LCS se refiere al seguro que cubra el riesgo de enfermedad.

–El art. 106 LCS distingue entre EL SEGURO DE ENFERMEDAD Y EL DE ASISTENCIA SANITARIA, distinción dada por la forma de la prestación del asegurador: En el seguro de enfermedad, el asegurador debe pagar ciertas sumas y gastos de asistencia sanitaria y farmacéutica; en el de asistencia sanitaria, debe proporcionar al asegurado la asistencia médica de toda clase de enfermedades o lesiones pero no concede indemnizaciones en metálico optativas (en sustitución de la prestación de los servicios de asistencia sanitaria). La LCS admite, sin embargo, que por parte de un mismo asegurador se ofrezca al asegurado el pago de los gastos de la asistencia sanitaria o la prestación directa de esa asistencia, con el abono (en ambos casos) de ciertas sumas diarias por la incapacidad temporal del asegurado.

SEGURO DE ACCIDENTES

El seguro de accidentes cubre al asegurado contra una lesión corporal derivada de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado que produzca invalidez temporal o permanente, o muerte (art. 100 LCS). Si el accidente se provoca intencionadamente por el asegurado, el asegurador queda liberado de su obligación. Además del seguro voluntario de accidentes (Art. 100–104 LCS); está el SEGURO OBLIGATORIO de Accidentes de Trabajo que se rige por la Ley de la Seguridad Social.

El RIESGO en el seguro de accidentes se centra en la lesión corporal, que ha de tener una determinada causa y unas consecuencias que necesariamente se han de producir para que el asegurador esté obligado a indemnizar. Se precisa una sucesión encadenada por una relación de causalidad.

El INTERÉS se concreta en la relación económica existente entre el sujeto y su propio cuerpo (considerado como un bien).

El DAÑO (la lesión del interés como consecuencia del accidente) radica en el que se produce al propio cuerpo o en su capacidad productiva. La dificultad de valorarlo hace que se destine una suma en el contrato para el caso de muerte e invalidez total; también se fija la indemnización cuando el daño es parcial, pero da lugar a una incapacidad permanente (por ejemplo la pérdida de un ojo). Cuando el daño produzca invalidez temporal suele fijarse una cantidad que percibirá el asegurado.

Con relación a los gastos de asistencia médica, (cubiertos por el asegurador cuando así se haya pactado) se produce una indemnización completa de ellos, cuando la asistencia se efectúa en los centros señalados por el asegurado y hasta cierto límite cuando se realiza en otros supuestos (art. 103 LCS).

Puede existir más de un seguro sobre un mismo interés; el tomador deberá comunicar al asegurador la celebración de cualquier otro seguro de accidente referido a la misma persona; el incumplimiento de éste deber, sólo puede dar lugar a una reclamación por daños y perjuicios, sin que el asegurador pueda reducir de la suma asegurada, cantidad alguna por este concepto.

TEMA 29.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO CONCURSAL.

En España tenemos una normativa de la época de Fernando VII y seguimos aplicando en el ámbito concursal la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

El proyecto de Ley actual hace un cambio radical de todo el ámbito concursal. Los principios básicos que recoge son;

- Se establece un procedimiento concursal único.
- Se establece una jurisdicción mercantil que se va a ocupar de estos concursos.
- También se hace una modificación absoluta del sistema de declaración del concurso.
- El concursado ya no va a tener que perder necesariamente la administración de sus bienes.
- En cuanto a los créditos, se hace también una modificación esencial. En lo que más particularidades tiene es en lo que atañe a los contratos particulares.
- En cuanto a la modificación del criterio de los actos de impugnación del concursado, del quebrado.
- Modificación de la prelación de créditos.
- Al menos teóricamente, la finalidad del concurso es el convenio y la liquidación solo sería en supuestos extraordinarios. En función de esto último, solo se calificará el concurso si hay liquidación.
- Se sigue manteniendo el criterio de que la personación en el concurso de los acreedores se hace de manera rogada.
- Se modifica también el sistema de pago de las obligaciones concurrentes al concurso.

TEMA 30.

LA QUIEBRA. DECLARACIÓN Y CLASES.

1. LA DECLARACIÓN DE LA QUIEBRA.

A) CONDICION DE COMERCIANTE DEL DEUDOR COMUN.

Podemos declarar en concurso a cualquier deudor, persona natural o jurídica.

Se puede declarar en concurso la herencia, salvo que haya sido aceptada pura y simple.

No se puede declarar en concurso ni a la organización territorial del Estado ni tampoco a los organismos públicos en general.

B) LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS DEL CONCURSO.

Con carácter general, procederá la declaración de concurso en caso de insolvencia del deudor común, y se entiende que existe insolvencia cuando el deudor no puede cumplir sus obligaciones.

El concurso se puede pedir, bien por el propio deudor (concurso voluntario) o bien por los acreedores (concurso necesario).

Si lo pide el propio deudor, se presume que está reconociendo su insolvencia. Si lo piden los acreedores debe fundar su petición en la ejecución infructuosa de un embargo de los bienes del deudor, o cuando se da alguno de estos hechos:

- El sobreseimiento general de pago corriente de sus obligaciones.
- La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afectan con carácter general al patrimonio del deudor.

- La desaparición injustificada del deudor de su domicilio o residencia y si es persona jurídica, la desaparición de sus administradores.
- El abandono, el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de los bienes del deudor.
- El incumplimiento generalizado de alguna de estas obligaciones:
 - ◆ Tributarias.
 - ◆ Cuotas e la seguridad social.
 - ◆ Los salarios y demás retribuciones del trabajo.
 - ◆ El pago de otro tipo de rentas, arrendamientos, de pagos aplazados de compra o de préstamos de garantía hipotecaria relativos a locales de negocios.

De todo lo anterior se deduce que no existe posibilidad concreta de establecer un único presupuesto objetivo del concurso

LEGITIMACIÓN.

Está legitimado en primer lugar el deudor, si es persona jurídica lo debe decidir el órgano de administración o de liquidación.

En cuanto a los acreedores, se excluye a aquellos que en los seis meses anteriores hubieren adquirido el crédito por actos íntervivos y a título singular después del vencimiento.

La Ley también admite que los socios responsables de las deudas sociales puedan pedir el concurso.

Siguiendo una herencia mercantilista, el proyecto exige que el deudor solicite la declaración del concurso dentro del mes siguiente a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su insolvencia.

Si es el **deudor** quien pide la declaración. En el escrito de solicitud, el deudor expresará si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé inminente, y además tiene que acompañar los siguientes documentos:

- El poder especial para solicitar el concurso.
- La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, al menos de los 3 últimos meses. Si es persona casada debe indicarse la identidad del cónyuge con expresión del régimen económico matrimonial, no solo para la posición de determinados bienes sino también para el alzamiento.

Si el deudor es persona jurídica, se debe indicar la identidad de los socios, de los administradores o liquidadores, del auditor de cuenta, y si forma parte de un grupo de empresas.

- Hacer un inventario de bienes y derechos.
- La relación de acreedores por orden alfabético.
- Si además es un deudor que tiene que llevar contabilidad tiene que presentar las cuentas anuales, las auditorías y todos los informes financieros.

Si quien lo pide son los **acreedores y demás legitimados**: el acreedor debe expresar el origen, naturaleza, fecha de adquisición y vencimiento, estado actual del crédito, adjuntando los documentos acreditativos de ese crédito y los medios de prueba que se pretenda hacer valer.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE DECLARACIÓN.

El concurso lo declara el juez mercantil.

El aforamiento se realiza para todas las materias civiles, laborales y de ejecución de las mismas que se

refieren al concurso.

Además se entiende competente por razón del territorio al juez de lo mercantil, en cuya jurisdicción tenga el deudor el centro de sus intereses principales, que si no se conoce bien será donde se ejerza de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. Si fuera alguien cuyos intereses están fuera del territorio español, será juez competente el del territorio en que el deudor tuviere algún establecimiento, y si hay varios se deja elegir.

¿ Cómo se efectua el procedimiento judicial? En el mismo día o en el siguiente hábil a la presentación del concurso, el juez oír a la solicitud, si estima que tiene defectos, da cinco días como máximo para solventarlos– si se entiende que está completa hay que distinguir entre:

- si lo pide el deudor, sería concurso voluntario, el juez decretará por auto declarativo el concurso.
- Si lo piden los acreedores, se dicta una providencia de admisión a trámite.

En este momento no se cita al deudor para declarar la quiebra.

Se dicta una providencia y se cita al deudor, el deudor puede allanarse a la pretensión de declaración de concurso, en cuyo caso se declara concurso por auto, y se sigue el proceso.

Cabe otra posibilidad: que el deudor se oponga a la declaración del concurso, en cuyo caso tiene que fundamentar su oposición en que no existe el hecho en que se fundamente la solicitud, diciendo que no es deudor, o bien que no es insolvente, en cuyo caso, tiene que probar su solvencia.

Si hubiere oposición, el juez cita a comparecencia. Esa comparecencia la preside el juez, y puede ocurrir:

- que el deudor no comparezca, en este caso el juez dicta auto de concurso.+
- que el deudor comparezca, pero si existe un crédito vencido, tiene que consignar la cuantía , sino también se declara el concurso.
- Cuando el que no comparece es el solicitante, es decir, el acreedor, se dicta un auto de desistimiento, composición de costas.

Pensemos que todos comparecen y el deudor, si hace falta, ha consignado, entonces el juez interroga al solicitante y le dice que si se ratifica, si se ratifica, continúa la comparecencia.

Oídas las partes y sus abogados, el juez , previa la sustanciación de la prueba que admita, dictará auto declarando el concurso o desestimando la solicitud.

En todo caso cabe recurso de apelación que no tiene efecto suspensivos.

Si se declara el concurso el auto debe recoger lo siguiente:

- El carácter necesario o voluntario del concurso y si el deudor ha pedido la liquidación.
- Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor y también tiene que decir el nombre y las facultades de los administradores judiciales.
- Si es un concurso necesario, hay que pedir al deudor que presente los documentos para iniciar el concurso voluntario en su caso.
- En su caso, las medidas cautelares que adopte el juez.
- El llamamiento a los acreedores para que ponga en conocimiento de la administración judicial la existencia de sus créditos. El plazo es de un mes desde la última publicación del concurso (de fecha a fecha).
- La publicidad que se va a dar al concurso.

Si se declara el concurso de una entidad de crédito, hay que decírselo al Banco Nacional de España y a la CNMV.

LA PUBLICIDAD.

El concurso se publica por edictos en el BOE y en un diario de gran circulación de la provincia donde el deudor tenga sus principales intereses.

En esos edictos se fijan todos los datos identificativos del concurso.

Se puede acordar más publicidad.

Además existe la publicidad registral y por esto, si es una persona natural debe registrarse en el Registro Civil, si el deudor fuere sujeto inscribible en el Registro Mercantil, también se inscribirá el concurso. También se inscribirán los concursos en aquellos registros públicos en que estuvieran registrados los bienes y derechos del concursado.

LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.

Para ellos se crea una sección segunda en la que figura esta administración.

En principio con carácter general, la administración judicial consta de tres personas, formada por:

- Un abogado con experiencia profesional de al menos 10 años.
- Un auditor de cuentas, economista o profesor mercantil colegiado.
- Un acreedor titular de un crédito ordinario o con privilegio general no garantizado. Si solicita el concurso un acreedor, se designará a este

Se concreta que en algunos casos de concurso de entidades que emitan valores o que en general recaiga sobre derivados de mercado secundarios o de las entidades encargadas de tales negociaciones, que en lugar del economista o profesor mercantil, se designe por la CNMV una persona propuesta por la misma.

Si el concurso lo solicita una entidad de crédito o una aseguradora, se procede a nombrar, en lugar del acreedor a alguien designado por el fondo de garantía de depósitos o del Consorcio de Compensación de Seguros.

El proyecto prevé la posibilidad de que existan procedimientos abreviados que se aplicarán a aquellos supuestos en los que el deudor sea una persona natural que no haya ejercido en los dos últimos años una actividad profesional o mercantil, o que si es una persona física únicamente presente balance abreviado, y en todo caso, siempre que el pasivo no supere los 300.000 €. En estos casos, solo se nombra un administrador, los auditores como los economistas tienen que inscribirse admitiendo la posibilidad de ser nombrados administradores judiciales.

El proyecto amplía la regulación sobre incapacitaciones y prohibiciones para ser administrador. Estas incapacidades pueden permitir que cualquier legitimado para pedir la liquidación del concurso lo recuse.

El proyecto de Ley determina que cuando se nombra un administrador judicial, dentro de los 5 días siguientes a recibir la comunicación, debe el interesado comparecer ante el juzgado para manifestar si acepta o no el encargo, no pudiendo aceptarlo si hay algún motivo de recusación.

Aceptado el cargo, el designado solo podrá renunciar por causa grave. Si el administrador es una persona jurídica, al aceptar debe comunicar la persona natural que vaya a representar a la persona jurídica

El proyecto prevé la posibilidad de que se nombren auxiliares delegados por parte de los administradores.

El proyecto también prevé el que a los administradores se les retribuya mediante arancel fijado por el juez, por eso, el proyecto prevé que no se pueda designar a quien ya hubiera sido designado para el mismo cargo por el mismo juzgado en dos concursos dentro de los dos años anteriores.

Como la idea de la administración judicial se trata de profesionalizarla, el proyecto exigirá una responsabilidad por los daños y perjuicios causados a la masa, si actúan contra la Ley o sin la debida diligencia. Esta responsabilidad es solidaria.

En el ejercicio del cargo, los administradores actúan colegiadamente, adoptando los acuerdos por mayoría.

TEMA 31.

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN CONCURSAL.

EFFECTOS SOBRE EL DEUDOR.

Tradicionalmente, al menos en la quiebra, al deudor se le privaba de la administración de sus bienes. Con el proyecto varía según la clase de concurso:

- En el concurso voluntario, el principio general es que el deudor conserve la administración de su patrimonio y pueda disponer de sus bienes intervenidos por la administración.
- Si el concurso es necesario, el principio general es que se suspende al deudor de sus facultades de administración.

El proyecto permite al juez motivadamente, modificar esos principios generales y además, en cualquier momento del concurso se pueden variar las circunstancias sobre la administración de los bienes del deudor.

No obstante, hay que matizar que el proyecto de Ley ya prevé que en todo caso, las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor, se dirigen a la conservación de ese patrimonio en defensa de los intereses del concurso.

Si el que cae en concurso es una persona jurídica, en principio se mantienen los órganos de administración de esa persona jurídica, dando derechos de asistencia y voz a los administradores en los órganos de administración.

La idea es mantener la administración y la liquidación en ese caso.

La Ley tiene una impronta novedosa cuando en algunos de sus apartados aplica preceptos muy cercanos a lo que en sociedades hemos llamado el levantamiento del velo, y ello se observa cuando el proyecto de Ley hace una previsión de que el juez del concurso, bien de oficio o a solicitud de parte de la administración judicial, pueda ordenar el embargo de los bienes y derechos de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho, e incluso, dice, de quienes hubieran tenido esa condición en los dos años anteriores al concurso.

También en el ámbito de las personas jurídicas es importante decir que en los supuestos en que se declare en concurso una sociedad, se permite a la administración judicial ejecutar a los socios que sean responsables de la quiebra de esa sociedad (está pensando en las sociedades irregulares, donde los socios tienen responsabilidad ilimitada patrimonial) .

El proyecto reduce en gran manera los efectos personales sobre el deudor (antes no se le permitía ni testar).

EFFECTOS SOBRE LOS ACREEDORES.

Tradicionalmente se ha hablado de procedimientos de ejecución universal, en el sentido de que declarado un concurso todos los acreedores se ven afectados por esa declaración y esa obligatoriedad de someterse al concurso, es lo que se denomina integración en la masa pasiva.(totalidad del pasivo del deudor).

Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, quedan sujetos al concurso e integrados en la masa pasiva del concurso.

Una vez establecido el principio general, el concurso va a tener una serie de efectos, tanto sobre las acciones procesales individuales, como sobre los créditos en particular.

En cuanto a las acciones procesales individuales, la idea general es que se interrumpen todas las posibles acciones que se pudieran entablar individualmente en el orden civil o laboral. Esto se debe traducir en que a partir del concurso no se pueden entablar acciones individuales.

En cuanto a los juicios que estaban ya pendientes, esos continúan hasta la firmeza de la sentencia, pero no se ejecutan, se suspenden, y una vez que las sentencias son firmes, todas se acumulan al juez del concurso.

En os supuestos en que se hayan suspendido .las facultades de administración del deudor, la legitimación le corresponderá a los administradores judiciales, en aquellos procesos en los que estuviera como parte el deudor.

En hilo lógico con la suspensión de las declaración individuales de carácter procesal, el proyecto hace previsión de que no se podrán iniciar situaciones individuales ni ningún tipo de apremios sobre el patrimonio del deudor y aunque habrá que respetar el privilegio de ejecución separada de los acreedores con garantía real, el proyecto hace previsión de que si los bienes afectos a ese tipo de garantías reales se encuentran dentro del tráfico comercial o empresarial de las actividades profesionales, mercantiles o industriales, y en general los que se encuentren afectos al proceso productivo, no podrá iniciarse ejecución de la garantía hasta que se apruebe el convenio o transcurra un año desde la declaración del concurso.

La idea es que ese privilegio que tiene todos los créditos afectos a esa garantía real, si están afectos a la actividad productiva ,que no se permita su ejecución por el momento , ya que la idea del proyecto en principio es el convenio y no la liquidación.

También en lo mismo, no se permite el ejercicio de acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles, o vendidos a leasing.

En lo referente a los créditos, básicamente tendrán los siguientes efectos:

- Se interrumpe la prescripción desde la declaración del concurso, y durante todo el procedimiento quedará interrumpido el cómputo del plazo e las acciones contra el deudor con trascendencia patrimonial, y si acaba el concurso, vuelve a seguir el cómputo del plazo de prescripción. Esto se hace porque hemos prohibido las acciones individuales.
- Se prohíbe la compensación a partir del concurso, lo que se hubiera producido antes sigue. Siempre se ha discutido sobre este efecto, porque había dos versiones: quien tiene un crédito y puede compensar dice: aplíquenme la compensación , porque sino no cobro. La versión contraria es la del resto de los acreedores que dicen que se ejerciten todos los derechos del deudor y si este deudor del deudor, que es acreedor, tiene que pagar, que pague.

-