



UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL Y DERECHO ROMANO

TESIS DOCTORAL

LAS COSTUMBRES Y LOS USOS BANCARIOS, COMO FUENTES DEL DERECHO: SU CONCRECIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA BANCARIA

por
MANUEL LUIS PANCORBO LÓPEZ

Granada
Junio 2005

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Manuel Luis Pancorbo López
D.L.: Gr. 1696 - 2005
ISBN: 84-338-3596-3

DIRECTOR DE TESIS:

DOCTORANDO:

Dr. FERNANDO VALENZUELA GARACH
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Granada

MANUEL LUIS PANCORBO LÓPEZ

AGRADECIMIENTOS

*A mi padre, por su ejemplo de honestidad y esfuerzo personal.
(In Memoriam, desde lo más profundo de mi corazón).*

A mi madre, por sus oraciones y continuo aliento.

A mi hermana Juanita María y a mi cuñado José Manuel; y a mis queridos sobrinos Celia y Manolo, mis pequeños ángeles, con gran cariño.

A todos mis maestros, pasados y actuales.

Muchas Gracias.

SUMARIO

| | |
|---|-----------|
| ABREVIATURAS. | 21 |
| | |
| <u>PRIMERA PARTE. DOCTRINA DE LOS USOS BANCARIOS.</u> | 27 |
| | |
| I.- <u>INTRODUCCIÓN.</u> | 29 |
| | |
| II.- <u>TEORÍA DE LOS USOS EN EL DERECHO MERCANTIL.</u> | 41 |
| | |
| A.- LOS USOS DE COMERCIO EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL. | 41 |
| a) El orden de prelación de fuentes. | 41 |
| b) El uso de comercio y el Derecho Común. | 48 |
| a') <i>Nota preliminar.</i> | 48 |
| b') <i>Sentidos del término "Derecho Común".</i> | 49 |
| a'') <i>Antecedentes históricos.</i> | 49 |
| b'') <i>Los Códigos de Comercio de 1829 y 1885.</i> | 51 |
| c'') <i>El Código Civil de 1889.</i> | 54 |
| c') <i>La función de supletoriedad del Derecho Común.</i> | 56 |
| a'') <i>El Derecho Común y el Derecho Privado general.</i> | 56 |
| b'') <i>Examen crítico del Título Preliminar del Código Civil.</i> | 59 |
| a'') <i>Premisa.</i> | 59 |
| b'') <i>Diferenciación de una dualidad normativa.</i> | 63 |
| c'') <i>Análisis constitucional.</i> | 66 |
| d') <i>La prevalencia del uso de comercio: la especificidad del art. 50 CCo.</i> | 70 |
| | |
| B.- ORÍGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS USOS DE COMERCIO. | 74 |
| | |
| C.- CONCEPTO. | 79 |
| a) Rasgos generales. | 80 |
| b) La costumbre y el uso de comercio: la cuestión de la distinción o equiparación entre costumbre y usos jurídicos. | 81 |
| | |
| D.- REQUISITOS. | 87 |
| a) Elementos constitutivos. | 88 |
| b) Elemento espiritual. | 89 |
| c) Elemento de legitimidad. | 90 |
| | |
| E.- CLASES DE USOS. | 93 |
| a) Por la función del uso. | 93 |
| a') <i>Distinción conceptual.</i> | 94 |
| a'') <i>El uso normativo.</i> | 94 |
| b'') <i>El uso interpretativo.</i> | 96 |
| b') <i>Rasgos distintivos.</i> | 98 |
| c') <i>Posturas doctrinales.</i> | 100 |
| b) Por la materia regulada. | 105 |
| c) Según su ámbito de aplicación espacial. | 105 |
| a') <i>Evolución legislativa: de la costumbre local a la "doble ampliación" de la</i> | |

| | |
|--|-----|
| <i>costumbre.</i> | 106 |
| b') <i>Examen particular de los usos del comercio internacional.</i> | 109 |
| d) Por su relación con la ley. | 112 |
| F.- FORMACIÓN Y FUNDAMENTO DE SU OBLIGATORIEDAD. | 117 |
| G.- EFICACIA: LAS RELACIONES ENTRE EL USO Y LA LEY. | 120 |
| H.- LA PRUEBA DEL USO. | 125 |
| a) Criterio general. | 125 |
| a') <i>Justificación de la necesidad de prueba.</i> | 125 |
| b') <i>El objeto de prueba.</i> | 129 |
| c') <i>Tratamiento legal.</i> | 131 |
| b) Medios probatorios. | 135 |
| a') <i>Las recopilaciones escritas de usos mercantiles.</i> | 136 |
| b') <i>El informe o dictamen de organismos especializados.</i> | 139 |
| c') <i>Otros medios de prueba.</i> | 140 |
| c) La prueba del uso y el recurso de casación. | 143 |
| | |
| III.- <u>LAS COSTUMBRES Y LOS USOS BANCARIOS.</u> | 146 |
| A.- DETERMINACIONES PREVIAS. | 146 |
| a) <i>Ámbito y sistemática del Derecho Bancario.</i> | 146 |
| b) El Derecho contractual bancario. | 152 |
| a') <i>Configuración jurídico-mercantil autónoma.</i> | 152 |
| b') <i>La deslegalización administrativa en materia contractual bancaria.</i> | 154 |
| B.- LOS USOS BANCARIOS Y LAS BUENAS PRÁCTICAS BANCARIAS. | 156 |
| a) Rasgos distintivos. | 156 |
| a') <i>Concepto.</i> | 156 |
| b') <i>Distinción.</i> | 158 |
| b) Las recopilaciones escritas de usos, costumbres y prácticas bancarias. | 160 |
| a') <i>La tarea incumplida del Consejo Superior Bancario y de la Asociación Española de Banca Privada.</i> | 160 |
| b') <i>La Cámara de Comercio Internacional y su labor recopilatoria.</i> | 164 |
| C.- LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS BANCARIOS. | 168 |
| a) Planteamiento doctrinal. | 168 |
| a') <i>De las condiciones generales de los contratos, en general.</i> | 168 |
| b') <i>De las condiciones generales de los contratos bancarios, en particular.</i> | 171 |
| b) Delimitación previa de los contratos bancarios. | 173 |
| a') <i>Concepto de contrato bancario.</i> | 173 |
| b') <i>Clasificación de los contratos bancarios.</i> | 176 |
| c') <i>Eficacia de las disposiciones administrativas de protección del crédito.</i> | 178 |
| c) Normativa aplicable. | 185 |
| a') <i>Notas preliminares.</i> | 186 |
| b') <i>Ámbito de aplicación.</i> | 192 |
| a") <i>Ámbito objetivo.</i> | 192 |
| a'') <i>En la LGDCU y en la LCGC.</i> | 192 |
| b'') <i>Examen particular de la LCC.</i> | 194 |
| 1º. <i>Ámbito de la Ley y exclusiones.</i> | 194 |
| 2º. <i>Análisis de supuestos problemáticos.</i> | 197 |
| b") <i>Ámbito subjetivo.</i> | 200 |
| a'') <i>Concepto de consumidor o usuario bancario.</i> | 200 |
| b'') <i>Concepto de entidad de crédito.</i> | 206 |

| | |
|--|-----|
| d) Requisitos. | 209 |
| a') <i>Requisito de incorporación: su concreción en los requisitos de forma y entrega.</i> | 209 |
| b') <i>Requisito de contenido.</i> | 211 |
| e) Infracciones. | 215 |
| a') <i>En la LCGC.</i> | 215 |
| b') <i>En la LGDCU.</i> | 218 |
| c') <i>En la LCC.</i> | 219 |
| D.- EL SRBE, COMO FUENTE DE CONOCIMIENTO. | 221 |
| a) Nota preliminar. | 221 |
| b) Concepto y fines del SRBE. | 224 |
| c) Competencia del SRBE. | 226 |
| d) La reclamación. | 228 |
| a') <i>Objeto de la reclamación.</i> | 228 |
| b') <i>Sujetos de la reclamación.</i> | 229 |
| c') <i>Procedimiento de reclamación ante el SRBE.</i> | 230 |
| a'') <i>Formulación previa ante el Defensor del Cliente.</i> | 230 |
| b'') <i>Fases del procedimiento.</i> | 232 |
| 1º. <i>Iniciación.</i> | 233 |
| 2º. <i>Apertura del expediente.</i> | 234 |
| 3º. <i>Alegaciones.</i> | 236 |
| 4º. <i>Tramitación.</i> | 237 |
| 5º. <i>Terminación.</i> | 237 |
| d') <i>El informe del SRBE.</i> | 239 |
| a'') <i>Configuración jurídica.</i> | 239 |
| b'') <i>Caracteres del informe del SRBE.</i> | 240 |
| 1º. <i>Voluntariedad.</i> | 240 |
| 2º. <i>No ejecutividad.</i> | 241 |
| 3º. <i>Inimpugnabilidad.</i> | 241 |
| 4º. <i>Valor probatorio.</i> | 242 |
| e) La Memoria del SRBE. | 243 |
| a') <i>Justificación de su análisis.</i> | 243 |
| b') <i>Criterios de interés general.</i> | 244 |
| E.- LA JURISPRUDENCIA BANCARIA. | 245 |
| a) Notas preliminares. | 245 |
| a') <i>Significado y carácter de la jurisprudencia.</i> | 245 |
| b') <i>La jurisprudencia en materia de usos de comercio.</i> | 250 |
| b) La jurisprudencia y los usos bancarios. | 251 |

| | | |
|------------------------------|--|-----|
| <u>SEGUNDA PARTE.</u> | RECOPIACIÓN DE USOS, COSTUMBRES Y PRÁCTICAS BANCARIAS. | 255 |
| | EXPOSICIÓN DE LA SISTEMÁTICA REALIZADA. | 257 |
| | <u>SECCIÓN 1ª.</u> | 261 |
| | JURISPRUDENCIA BANCARIA. | 261 |
| I.- | <u>NOCIONES PRELIMINARES.</u> | 261 |
| A.- | LA CUENTA CORRIENTE BANCARIA. | 261 |
| a) | Doctrina jurisprudencial general. | 261 |
| a') | <i>Características del contrato.</i> | 261 |
| b') | <i>Concepto y naturaleza jurídica.</i> | 262 |
| a") | <i>Concepto.</i> | 262 |
| b") | <i>Naturaleza jurídica.</i> | 263 |
| | 1. Afinidad con el mandato. | 263 |
| | 2. Contrato atípico. | 264 |
| | 3. Contrato complejo. | 265 |
| | 4. Ingresos realizados en metálico: naturaleza de depósito irregular. | 265 |
| | 5. Su contenido esencial es el típico de los contratos de gestión o "servicio de caja". | 266 |
| c') | <i>Cuenta corriente a la vista.</i> | 266 |
| d') | <i>Distinción con el contrato de cuenta corriente mercantil.</i> | 267 |
| e') | <i>Titularidad y disponibilidad de los fondos.</i> | 267 |
| a") | <i>Cuenta corriente indistinta.</i> | 267 |
| | 1. Concepto. | 267 |
| | 2. Efectos. | 268 |
| | 3. Supuestos. | 268 |
| | 3.1. Donación por el propietario designante o autorizante premuerto en favor de uno de los cotitulares que dispuso unilateralmente del dinero: no acreditación. | 269 |
| | 3.2. Ejecución de la deuda por la entidad bancaria contra quien no era parte en la obligación: la apertura de una cuenta indistinta no implica un estado de solidaridad necesaria. | 269 |
| b") | <i>Solución en la práctica bancaria.</i> | 269 |
| f') | <i>Obligaciones de la entidad bancaria.</i> | 270 |
| a") | <i>Enumeración.</i> | 270 |
| b") | <i>El cumplimiento de las órdenes del cliente: sumas detraídas en distintas operaciones sin la constancia de una orden al efecto del titular (incumplimiento).</i> | 271 |
| c") | <i>La rendición de cuentas</i> | 271 |
| d") | <i>Deber de lealtad, información y prevención de la entidad bancaria (principio de buena fe).</i> | 272 |
| g') | <i>Descubierto en cuenta corriente.</i> | 273 |
| a") | <i>Naturaleza jurídica.</i> | 273 |
| b") | <i>Actos expresos de disposición del descubierto.</i> | 273 |
| c") | <i>Concesión tácita de crédito.</i> | 274 |
| d") | <i>Liquidación de intereses.</i> | 274 |
| e") | <i>Saldo deudor.</i> | 275 |
| | 1. Necesidad de que el banco pruebe el saldo a su favor. | 275 |
| | 2. Saldo deudor notificado y no impugnado. | 275 |

| | |
|---|-----|
| 3. Saldo exigible: determinación (liquidaciones de intereses y comisiones). | 276 |
| h') <i>Extractos de la cuenta corriente.</i> | 276 |
| a") <i>Acreditación del saldo deudor.</i> | 276 |
| 1. Aportación por el banco del extracto de la cuenta, reflejo aritmético de los efectos de los contratos subyacentes a ésta. | 276 |
| 2. Certificación de saldo deudor intervenida por Corredor de Comercio. | 277 |
| 2.1. Certeza de los cargos realizados. | 277 |
| 2.2. Suficiencia de aportación por el banco de certificación de saldo deudor intervenida por Corredor de Comercio. | 278 |
| 2.3. Saldo deudor, deducido de certificación de movimiento contable, con intervención de Corredor de Comercio. | 278 |
| 3. Saldo reclamado, cuyos extractos de cuenta fueron firmados por los Interventores del «Banco de España». | 279 |
| 4. Falta de acreditación de la disponibilidad de fondos por el demandado ni de la recepción de las tarjetas de crédito. | 279 |
| 5. Apreciación de la exactitud del saldo notificado no impugnado, mediante prueba pericial. | 280 |
| b") <i>Aprobación del saldo por el cuentacorrentista.</i> | 280 |
| 1. Presunción de veracidad a favor del banco. | 280 |
| 2. Aprobación de los saldos notificados. | 281 |
| 2.1. Aprobación expresa o tácita del saldo: se trata de una declaración que tiene naturaleza confesoria de un hecho pasado. | 281 |
| 2.2. Aprobación tácita de los saldos notificados. | 281 |
| 2.2.1. Aceptación tácita de saldos deudores de sendas cuentas corrientes. | 281 |
| 2.2.2. Admisión por el demandado del saldo reclamado (liquidación de la cuenta conforme a los usos bancarios). | 282 |
| 2.2.3. Extractos de cuenta, con saldo deudor, comunicados a los clientes sin ser impugnados. | 283 |
| 2.2.4. Tácita aceptación de los cargos cuya cuantía reclama el cliente. | 283 |
| 2.2.5. Validez de la certificación de la entidad, como medio de prueba. | 284 |
| 2.3. Compromiso del titular de prestar su conformidad o reparos en el plazo máximo de dos meses (cláusula no abusiva ni inválida). | 284 |
| c") <i>Falta de diligencia del cuentacorrentista.</i> | 285 |
| 1. Cambio de domicilio no comunicado a la entidad, para la recepción de los extractos de la cuenta. | 285 |
| 2. Divorcio no comunicado a la entidad, en cuenta indistinta con saldo deudor no impugnado. | 286 |
| b) Comisiones y gastos. | 286 |
| a') <i>Comisiones de exceso, de mantenimiento y de administración (inclusión en el tipo de interés nominal anual).</i> | 286 |
| b') <i>Derecho a cobro de comisiones por descubierto: falta de conocimiento por el cliente de la cláusula donde se penalizaba el descubierto.</i> | 287 |
| c') <i>Remisión genérica a folleto o fotocopia entregado.</i> | 287 |
| a") <i>Vulneración de la O.M. de 12-12-1989.</i> | 287 |
| b") <i>Su procedencia corresponde acreditarla a la parte actora sin que quepa acudir a los usos bancarios como supletorios.</i> | 288 |
| c") <i>La no oposición a los extractos recibidos no es equiparable a una conformidad tácita.</i> | 288 |

| | | |
|--------------------------------------|--|-----|
| c) | Consumidores y usuarios. | 289 |
| | a') <i>Cláusulas.</i> | 289 |
| | a") <i>Firma del contrato por el demandado sin alegar su carácter abusivo (claridad, sencillez y concreción de sus cláusulas).</i> | 289 |
| | b") <i>Nulidad de las cláusulas relativas a descubiertos.</i> | 290 |
| | c") <i>Nulidad de las cláusulas relativas a intereses.</i> | 290 |
| | b') <i>Indemnización de daños y perjuicios: responsabilidad.</i> | 291 |
| | a") <i>Doctrina jurisprudencial general: responsabilidad objetiva o subjetiva.</i> | 291 |
| | b") <i>Actividad bancaria: inaplicación del sistema de responsabilidad objetiva.</i> | 291 |
| d) | Cuasi contratos: cobro de lo indebido. | 292 |
| | a') <i>Doctrina jurisprudencial general: contenido de la acción y requisitos.</i> | 292 |
| | b') <i>Supuesto: retrocesión de pensiones, indebidamente percibidas por una hija al fallecimiento de su padre, en cuenta corriente indistinta abierta por ambos.</i> | 293 |
| e) | Culpa contractual: existencia de responsabilidad (falta de diligencia del banco). | 293 |
| f) | Intereses. | 294 |
| | a') <i>Interés nominal anual (falta de especificación en el contrato).</i> | 294 |
| | b') <i>Intereses moratorios.</i> | 295 |
| | a") <i>El tipo de demora convenido en la póliza de afianzamiento no es aplicable a la cuenta corriente: falta de prueba del tipo aplicable al saldo deudor de la cuenta.</i> | 295 |
| | b") <i>Intereses conformes a los usos bancarios, a las disposiciones integradoras de la voluntad contractual, a la O. 12 diciembre 1989 y a la Circular 8/1990, de 7 septiembre.</i> | 295 |
| | c') <i>Intereses por descubierto.</i> | 296 |
| | a") <i>Aplicación del interés legal del dinero al saldo deudor desde el cierre de la cuenta.</i> | 296 |
| | b") <i>Capitalización incorrecta de los intereses de descubierto: anatocismo.</i> | 297 |
| | c") <i>Comunicación telegráfica al demandado de la cuantía del tipo de interés aplicable con anterioridad a la presentación de la demanda.</i> | 298 |
| | d") <i>Remisión en el contrato a «los publicados en cada momento por el Banco» (cláusula abusiva).</i> | 298 |
| | d') <i>Intereses pactados en las condiciones generales.</i> | 299 |
| g) | Procedimiento judicial. | 299 |
| | a') <i>Legitimación pasiva: demandada interviniente en su propio nombre en la suscripción del contrato de cuenta corriente.</i> | 300 |
| | b') <i>Litisconsorcio pasivo necesario: es innecesario demandar a los miembros de una comunidad de propietarios a los que la entidad concertante representaba.</i> | 300 |
| | c') <i>Prueba: medios probatorios.</i> | 301 |
| | a") <i>Documentos públicos.</i> | 301 |
| | b") <i>Documentos privados.</i> | 302 |
| h) | Transferencia bancaria. | 302 |
| | a') <i>Cargos realizados por la entidad bancaria aprobados tácitamente por el titular de la cuenta.</i> | 302 |
| | b') <i>Transferencia efectuada por la entidad bancaria a favor de una tercera persona con cargo al actor titular de la cuenta, que no fue ordenada por éste.</i> | 303 |
| B.- LA COMPENSACIÓN BANCARIA. | | 304 |
| a) | Compensación convencional. | 304 |
| | a') <i>Actuación de entidad bancaria conforme a lo estrictamente pactado.</i> | 304 |
| | b') <i>Aplicación de cantidad no a la finalidad compensatoria sino a «traspaso por cargo impagado».</i> | 305 |

| | |
|--|-----|
| C.- CHEQUES, LETRAS DE CAMBIO Y PAGARÉS. | 305 |
| a) Cheques. | 305 |
| a') <i>Doctrina jurisprudencial general: cheque bancario.</i> | 305 |
| a") <i>Concepto.</i> | 305 |
| b") <i>Requisitos.</i> | 306 |
| b') <i>Acciones cambiarias.</i> | 306 |
| a") <i>Acción de enriquecimiento sin causa.</i> | 307 |
| 1. <i>Legitimación activa: Caja de Ahorros tenedora de cheque cruzado al portador, cuyo importe, a pesar de no ser la librada, abonó a su primitivo tenedor.</i> | 307 |
| 2. <i>Requisitos.</i> | 307 |
| b") <i>Prescripción.</i> | 308 |
| 1. <i>Acción causal ejercitada por el tenedor.</i> | 308 |
| 2. <i>Acción personal derivada de un contrato de cuenta corriente con posibilidad de disposición de dinero por medio de cheques.</i> | 308 |
| c') <i>Anticipo del importe de unos cheques por el banco.</i> | 309 |
| d') <i>Cesión de cheque para gestión de cobro.</i> | 310 |
| a") <i>Ausencia de pacto sobre la comisión a percibir por el banco: restitución del exceso indebidamente cobrado.</i> | 310 |
| b") <i>Cobro de lo indebido: restitución de intereses.</i> | 310 |
| e') <i>Cheque falso o falsificado: pago indebido.</i> | 311 |
| a") <i>Cargo en cuenta corriente distinta a la cancelada sin autorización del cliente.</i> | 311 |
| b") <i>Responsabilidad exclusiva de la entidad.</i> | 311 |
| c") <i>Sustracción del talonario: burda imitación de la firma.</i> | 312 |
| f') <i>Consumidores y usuarios: nulidad de cláusula abusiva.</i> | 313 |
| g') <i>Negligencia en la entidad bancaria: cheques-gasolina cargados en la cuenta del cliente, que habían sido previamente sustraídos a su titular, quien comunicó su sustracción.</i> | 313 |
| h') <i>Presentación al cobro, vencido el plazo: impago de cheque no imputable al Banco.</i> | 314 |
| b) Letra de cambio. | 314 |
| a') <i>Devolución de las letras de cambio: comunicación del banco al demandado de la devolución de las letras de cambio, entregadas para descuento, por impago (inexistencia de indefensión).</i> | 315 |
| b') <i>Falta de presentación al pago mediante el sistema de compensación: la entidad domiciliataria del pago y la tomadora de la letra coinciden en un solo Banco.</i> | 315 |
| c') <i>Juicio ejecutivo.</i> | 316 |
| a") <i>Nulidad: título sin fuerza ejecutiva.</i> | 316 |
| 1. <i>Admisión de la notificación previa por vía telegráfica del importe de la cantidad exigible.</i> | 316 |
| 2. <i>Liquidación en la forma pactada, acompañada de los movimientos de la cuenta de crédito (deuda vencida y líquida).</i> | 317 |
| b") <i>Excepciones del deudor cambiario.</i> | 317 |
| 1. <i>Falta de legitimación del tenedor: posesión del título en virtud de cesión ordinaria y de una operación de descuento bancario.</i> | 317 |
| 2. <i>Falta de provisión de fondos: se requiere para dicha apreciación un complejo análisis de relaciones comerciales y contractuales que exceden del ámbito del juicio ejecutivo.</i> | 318 |
| 3. <i>Pluspetición: incorrecta liquidación de intereses del crédito por anotación de cobro de letras pignoradas por el acreditado a favor del ejecutante y entregadas en gestión de cobro, hecha con posterioridad a su vencimiento.</i> | 319 |
| c) Pagaré. | 320 |
| a') <i>Entrega de pagaré al banco en gestión de cobro: no presentación al pago</i> | |

| | |
|--|-----|
| <i>en plazo.</i> | 320 |
| b') <i>Consumidores y usuarios.</i> | 320 |
| a") <i>Nulidad de cláusulas abusivas.</i> | 320 |
| b") <i>Fraude de ley.</i> | 321 |
| c') <i>Juicio ejecutivo.</i> | 322 |
| a") <i>Nulidad.</i> | 322 |
| 1. <i>Nulidad del título: pagaré en blanco, no a la orden, suscrito por los ejecutados a favor de entidad bancaria.</i> | 322 |
| 2. <i>Título sin fuerza ejecutiva.</i> | 323 |
| 2.1. <i>Libramiento de pagaré por deuda derivada de un contrato de préstamo: imposición de la obligación de suscribirlo al ejecutado.</i> | 323 |
| 2.2. <i>Falta de garantías para el prestatario exigidas por el art. 1435 LEC.</i> | 324 |
| 2.3. <i>Fraude de ley de la entidad crediticia ejecutante.</i> | 325 |
| b") <i>Excepciones del deudor.</i> | 325 |
| 1. <i>Falta de validez de la declaración cambiaria: obligación de librar un pagaré en blanco como garantía concertada y medio de ejecución judicial.</i> | 325 |
| 2. <i>Falta de legitimación pasiva: ausencia de su condición de administrador de la sociedad, al no aparecer en los pagarés la firma impresa o estampilla de dicha sociedad.</i> | 326 |
| c") <i>Pago parcial: responsabilidad de entidad bancaria, al no atender el pago parcial de un pagaré existiendo un saldo en la cuenta de casi 90% del total del mismo.</i> | 326 |
| | |
| II.- CLASES DE CONTRATOS BANCARIOS. | 327 |
| | |
| A.- OPERACIONES ACTIVAS. | 327 |
| a) <i>Contratos de financiación.</i> | 328 |
| a') <i>Consumidores y usuarios: cláusulas.</i> | 328 |
| a") <i>Requisitos: concreción, claridad y sencillez.</i> | 328 |
| 1. <i>Falta de concreción precisa y clara de las condiciones económicas del contrato.</i> | 328 |
| 2. <i>Falta de claridad en el contrato sobre el tipo aplicable a la operación.</i> | 328 |
| 3. <i>Cláusula oscura o dudosa: aplicación de un recargo por aplazamiento superior al estipulado.</i> | 329 |
| b") <i>Nulidad de cláusula abusiva: estipulación de un interés moratorio mensual abusivo.</i> | 330 |
| b') <i>Interpretación de los contratos (cláusulas oscuras «Contra proferentem»): su interpretación no puede favorecer a quien ocasionó su oscuridad.</i> | 331 |
| c') <i>Usura.</i> | 331 |
| a") <i>Doctrina jurisprudencial general.</i> | 331 |
| b") <i>Intereses usurarios (inexistencia): venta a plazos, cuyos intereses son aplicados dentro de los límites permisibles de la práctica bancaria.</i> | 332 |
| b) <i>Contrato de préstamo.</i> | 332 |
| a') <i>Doctrina jurisprudencial general: naturaleza (contrato real).</i> | 332 |
| b') <i>Consumidores y usuarios: cláusulas.</i> | 334 |
| a") <i>Requisitos (buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones): póliza de préstamo hipotecario, en la que se cumplen los requisitos de claridad y posibilidad de comprensión, contenidos en el art. 10 LGDCU.</i> | 334 |
| b") <i>Nulidad de condiciones abusivas de crédito: cláusula de vencimiento anticipado, estableciendo un interés que supera en más de seis veces</i> | |

| | | |
|-----|---|-----|
| | <i>el legal.</i> | 335 |
| c') | <i>Indemnización de daños y perjuicios.</i> | 335 |
| | a") <i>Existencia de daños y perjuicios: indebida utilización de capital del préstamo por parte de la entidad bancaria prestamista.</i> | 336 |
| | b") <i>Indemnización por mal uso bancario: concesión de préstamo ulteriormente denegado para construcción de casa.</i> | 336 |
| | c") <i>Préstamo hipotecario: incumplimiento de la entidad de crédito.</i> | 337 |
| | 1. Cálculo erróneo de las liquidaciones, originando saldos deudores de cuantía muy superior a lo normal dentro de su operativa. | 337 |
| | 2. Determinación de la cuantía indemnizatoria. | 338 |
| d') | <i>Fianza mercantil.</i> | 339 |
| | a") <i>Existencia: afianzamiento general de toda obligación de naturaleza mercantil efectuada por el afianzado con el banco.</i> | 339 |
| | b") <i>Falta de equiparación al contrato de préstamo.</i> | 339 |
| | c") <i>Extinción: hecho obstativo a la subrogación, en préstamo con fiadores solidarios.</i> | 340 |
| | d") <i>Usura.</i> | 340 |
| | 1. Intereses usurarios (inexistencia): aplicación establecida dentro de los límites permisibles de la práctica bancaria | 341 |
| | 2. Principio de jerarquía normativa: infracción inexistente. | 341 |
| e') | <i>Culpa contractual: efectos (doctrina jurisprudencial general).</i> | 342 |
| f') | <i>Juicio ejecutivo.</i> | 342 |
| | a") <i>Error de hecho: sobre la cantidad.</i> | 342 |
| | b") <i>Fundamentos de la acción ejecutiva, en póliza de préstamo (título ejecutivo): cumplimiento de todos los requisitos formales en las certificaciones del fedatario mercantil.</i> | 343 |
| | c") <i>Nulidad.</i> | 343 |
| | 1. Falta de citación de remate del deudor, con las formalidades prescritas en la ley: citación personal del ejecutado en su domicilio, y no por edictos. | 344 |
| | 2. Nulidad de la obligación: acreditación de la existencia del préstamo y de la entrega del importe al prestatario ejecutado. | 344 |
| | 3. Nulidad del título. | 345 |
| | 3.1. Cláusula de anticipación del vencimiento y obligación de amortización de préstamo por falta de pago de intereses en las fechas estipuladas. | 345 |
| | 3.2. Cumplimiento de los requisitos legales del título, dejando el estudio o análisis del contrato subyacente para el juicio declarativo correspondiente. | 346 |
| | 3.3. Falta de legitimación para reclamar ante la entidad financiera por supuestas deficiencias en la maquinaria adquirida, al no haberse dirigido primero contra la proveedora de la misma. | 347 |
| | 4. Título sin fuerza ejecutiva. | 347 |
| | 4.1. Ausencia de pacto de liquidez: suficiencia del título en el que el contrato se concreta. | 347 |
| | 4.2. Cantidad ilíquida. | 348 |
| | 4.2.1. Determinación del saldo deudor mediante una simple operación aritmética. | 348 |
| | 4.2.2. Incorporación de un anexo en la póliza de préstamo, en el que se establece la tabla de liquidaciones y amortizaciones con las comisiones y gastos respectivos. | 349 |
| | 4.2.3. Póliza de préstamo: determinación del saldo deudor mediante operaciones aritméticas sin necesidad de acudir al art. 1435 LEC. | 349 |
| | 4.2.4. Contrato líquido «per se», pese a la complejidad | |

| | |
|--|-----|
| aritmética para su concreción. | 350 |
| 4.3. Liquidación de intereses sobre una cuenta abierta «ad hoc» por el banco, distinta de aquella en la que se practica el abono del préstamo. | 351 |
| 4.4. Notificación del saldo: falta de recogida de telegrama y conocimiento por causa imputable al destinatario. | 351 |
| d") <i>Excepciones.</i> | 353 |
| 1. Falta de personalidad: fallecimiento del Procurador, compareciendo nueva Procuradora, aportando el correspondiente poder. | 353 |
| 2. Pluspetición: ausencia de pacto sobre interés de demora. | 353 |
| g') <i>Litis consorcio activo necesario: inexistencia.</i> | 354 |
| h') <i>Mutuo o simple préstamo: intereses de demora del 29% y resolución anticipada (cláusulas no abusivas).</i> | 355 |
| i') <i>Negocio fiduciario.</i> | 356 |
| a") <i>Doctrina jurisprudencial general: concepto.</i> | 356 |
| b") <i>Fiducia «cum creditore».</i> | 356 |
| 1. Existencia: transmisión figurada del dominio de inmuebles y préstamo en garantía del cumplimiento de lo pactado. | 356 |
| 2. Efectos: usura (inexistencia). | 357 |
| j') <i>Precontrato (inexistencia): mera solicitud de préstamo condicionada a la conformidad de la entidad financiera.</i> | 357 |
| k') <i>Prescripción de acciones.</i> | 358 |
| a") <i>Préstamo con intereses: capital e intereses moratorios (aplicación del plazo ordinario quincenal del art. 1964 CC), y los intereses remuneratorios (el de cinco años).</i> | 358 |
| b") <i>Obligaciones únicas, cuyo pago se realiza fraccionadamente: aplicación del plazo general de quince años (art. 1964 CC).</i> | 359 |
| l') <i>Préstamo hipotecario.</i> | 360 |
| a") <i>Aplicabilidad de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.</i> | 360 |
| b") <i>Cancelación.</i> | 361 |
| 1. Orden de cancelación dada por el vendedor (mandante) a la entidad bancaria mandataria: falta de prueba por el comprador del local. | 361 |
| 2. Ingreso por el actor, comprador, en la cuenta del vendedor: responsabilidad exclusiva del titular de la cuenta en la no cancelación de la hipoteca por no dar la orden oportuna. | 362 |
| c") <i>Cláusula de interés variable inaplicable.</i> | 362 |
| 1. Alusión a un tipo de interés ya inexistente. | 362 |
| 2. Aplicación indebida de parámetros no contemplados en el contrato. | 363 |
| 3. Interpretación integradora judicial. | 363 |
| d") <i>Cláusula de resolución anticipada: constituye un pacto nulo, por ser contrario a las leyes.</i> | 364 |
| e") <i>Indivisibilidad de la totalidad de los préstamos concedidos por la entidad bancaria.</i> | 365 |
| f") <i>Mala práctica bancaria de la entidad de crédito, al oponerse a la revisión del tipo de interés a la baja, generalizada en el mercado crediticio.</i> | 366 |
| g") <i>Malas prácticas bancarias constitutivas de incumplimiento contractual (indemnización de perjuicios): gastos realizados por el cliente para sustituir el préstamo por otro concertado con otro banco, y devolución de lo cobrado por comisión de cancelación anticipada.</i> | 366 |
| h") <i>Seguro colectivo de vida, para la amortización de préstamo: aceptación tácita del mandato por el banco (incumplimiento negligente).</i> | 368 |
| i") <i>Seguro de préstamo, en garantía del pago de la cantidad pendiente de</i> | |

| | | |
|------|--|-----|
| | <i>amortización del préstamo hipotecario concertado.</i> | 369 |
| | <i>j") semejanza entre los préstamos hipotecarios.</i> | 369 |
| ll') | <i>Reclamación de intereses moratorios.</i> | 370 |
| | <i>a") Pago aplazado.</i> | 370 |
| | <i>b") Ejercicio tardío de la reclamación: no cabe considerar práctica bancaria abusiva y contraria a la buena fe contractual.</i> | 371 |
| m') | <i>Usura.</i> | 372 |
| | <i>a") Doctrina jurisprudencial general.</i> | 372 |
| | 1. Configuración del préstamo como usurario. | 372 |
| | 1.1. Arbitrio del Juez. | 372 |
| | 1.2. Atención al momento o realidad social de su perfección | 373 |
| | 2. Clases de préstamos usurarios. | 374 |
| | <i>b") Intereses usurarios.</i> | 375 |
| | 1. Aplicación establecida dentro de los límites permisibles de la práctica bancaria: inexistencia de situación angustiosa en el prestatario. | 375 |
| | 2. Límites de la legitimidad de los intereses moratorios. | 376 |
| | 3. Límite razonable del interés pactado. | 376 |
| | 4. Obligaciones accesorias: intereses de demora y cláusulas de penalización. | 377 |
| | 5. Interés de demora por impago | 377 |
| | <i>c") Préstamo que no cabe calificar como usurario.</i> | 378 |
| | 1. Conformidad con los intereses pactados. | 378 |
| | 2. Normalidad del interés remuneratorio anual. | 378 |
| c) | <i>Contrato (de apertura) de crédito.</i> | 379 |
| | <i>a') Contrato de adhesión: contrato que no es abusivo, contrario a la moral o el orden público.</i> | 379 |
| | <i>b') Crédito para adquisición de acciones.</i> | 380 |
| | <i>a") Asunción por los recurrentes del riesgo de que las acciones bajaran en su cotización.</i> | 380 |
| | <i>b") Inexistencia de dolo o error.</i> | 380 |
| | <i>c") Prueba: omisión de extracto de cuenta.</i> | 380 |
| | <i>d") Pretensión de nulidad de la compraventa de acciones, en base a la situación patrimonial de la sociedad.</i> | 381 |
| c') | <i>Culpa extracontractual: concurrencia con culpa contractual (unidad de la culpa civil).</i> | 381 |
| d') | <i>Cuenta corriente de crédito: doctrina jurisprudencial general.</i> | 382 |
| | <i>a") Concepto.</i> | 382 |
| | <i>b") Características.</i> | 383 |
| | <i>c") Contenido obligacional.</i> | 383 |
| | <i>d") Contrato de apertura de crédito en cuenta corriente en BANESTO para la suscripción de acciones del banco acreedor (reclamación del crédito vencido).</i> | 384 |
| | 1. Inexistencia de vicios del consentimiento, pese al especial interés del banco en promocionar la compra (bajo interés e inexigencia de garantías, salvo la expresa prohibición de venta de las acciones) y la posterior intervención del banco por el Banco de España. | 384 |
| | 2. Inaplicación de la prohibición del art. 81.1 LSA/1989: negocio jurídico celebrado en todo caso con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley. | 385 |
| | <i>e") Diferencias con el contrato de cuenta corriente.</i> | 386 |
| | <i>f") Elementos esenciales.</i> | 387 |
| | 1. Vicios del consentimiento. | 387 |
| | 2. Ausencia de error en el consentimiento. | 387 |
| | <i>g") Límite cuantitativo de las órdenes de pago.</i> | 388 |

| | |
|---|-----|
| h") <i>Saldo deudor.</i> | 388 |
| 1. Fijación del saldo. | 389 |
| 2. Prueba del saldo: certificación del Banco, con intervención de Corredor de Comercio. | 389 |
| e') <i>Indemnización de daños y perjuicios.</i> | 390 |
| a") <i>Ausencia de responsabilidad en la entidad bancaria demandada.</i> | 390 |
| b") <i>Falta de acreditación de los perjuicios sufridos por el actor.</i> | 391 |
| f') <i>Fianza solidaria: inexistencia de prescripción de la acción.</i> | 391 |
| g') <i>Intereses pactados.</i> | 391 |
| a") <i>Cláusula de intereses variables de demora: validez.</i> | 392 |
| b") <i>Exigencia de intereses por encima del límite.</i> | 392 |
| h') <i>Juicio ejecutivo.</i> | 393 |
| a") <i>Fundamentos de la acción ejecutiva.</i> | 393 |
| 1. Conformidad tácita con los extractos periódicamente remitidos por la entidad crediticia al no impugnarse en el plazo fijado. | 393 |
| 2. Pacto de liquidez: efectos. | 394 |
| 3. Vencimiento anticipado: supuestos de validez. | 394 |
| b") <i>Nulidad: título sin fuerza ejecutiva.</i> | 394 |
| 1. Cantidad ilíquida: existencia de excedidos sobre el límite concedido en la póliza. | 395 |
| 2. Cantidad líquida: diferencias de intereses aplicados a cantidades idénticas, justificadas. | 395 |
| 3. Certificación de Corredor de Comercio comprobando la conformidad del saldo y la liquidación. | 396 |
| 4. Notificación previa al deudor, por telegrama, del vencimiento anticipado: innecesario que la notificación requiera la calidad de fehaciente. | 396 |
| 5. Póliza de crédito para la negociación de documentos. | 397 |
| 5.1. Inexistencia de obligación por parte de las entidades de crédito de apertura de cuenta especial. | 397 |
| 5.2. Inexistencia de defectos extrínsecos: error mecanográfico en la denominación de sociedad afianzada. | 398 |
| 5.3. Irrelevancia de la falta de identificación de la cuenta en que debían cargarse los efectos de descuento: constatación por el fedatario mercantil de su existencia y concordancia con la que debe existir en su Libro Registro. | 398 |
| c") <i>Pluspetición (excepciones): no acreditación de la falta de correspondencia entre los asientos contables y las operaciones de caja.</i> | 399 |
| d) <i>Contrato de descuento bancario.</i> | 400 |
| a') <i>Doctrina jurisprudencial general.</i> | 400 |
| a") <i>Concepto.</i> | 400 |
| b") <i>Naturaleza jurídica.</i> | 400 |
| c") <i>Requisitos.</i> | 401 |
| d") <i>Función económica.</i> | 402 |
| e") <i>Contenido.</i> | 402 |
| 1. La cesión del crédito. | 402 |
| 2. La restitución de la cantidad anticipada. | 403 |
| 3. La gestión diligente. | 403 |
| f") <i>Consecuencias jurídicas de su incumplimiento.</i> | 404 |
| 1. Perjuicio de la cambial. | 404 |
| 1.1. La extinción de la obligación del descontatario, por negligencia del banco/tenedor/descontante. | 404 |
| 1.2. La reposición de las letras al cedente en el estado en que fueron recibidas. | 405 |
| 2. Ejercicio de eventuales acciones, en caso de impago, nacidas del | |

| | |
|---|-----|
| descuento. | 405 |
| 2.1. Formulación. | 405 |
| 2.1.1. Acciones del descontante. | 405 |
| 2.1.2. Acciones del descontatario. | 406 |
| 2.2. La devolución material de los títulos: transcurso de 3 años desde su vencimiento. | 407 |
| b') <i>Juicio ejecutivo.</i> | 407 |
| a") <i>Nulidad: título sin fuerza ejecutiva.</i> | 407 |
| 1. Cantidad líquida: liquidación llevada a cabo de conformidad con las condiciones pactadas en la póliza. | 407 |
| 2. Cantidad ilíquida: innecesario una operación liquidatoria del saldo deudor. | 408 |
| 3. No aportación, junto con la certificación del saldo deudor, de los efectos objeto de descuento. | 408 |
| b") <i>Excepciones: falsedad del título o del acto que le hubiere dado fuerza ejecutiva.</i> | 409 |
| c") <i>Prescripción de la acción cambiaria: falta de diligencia del banco descontante, en el plazo de presentación de la letra.</i> | 410 |
| c') <i>Supuestos.</i> | 411 |
| a") <i>Endoso del pagaré mediante descuento.</i> | 411 |
| 1. Legitimación del banco descontante, en virtud del descuento realizado. | 411 |
| 2. Inexistencia de transmisión del pagaré por su remisión al banco domiciliatario para su pago, con la orden de protesto en caso de impago. | 411 |
| b") <i>Falta de negligencia de la demandante en la negociación de la letra de cambio.</i> | 412 |
| c") <i>Incumplimiento del descontante.</i> | 413 |
| 1. Ausencia de puesta al cobro de la cambial, sin devolución del original de la misma, acompañando la notificación de impago, y falta de constancia del protesto de la letra. | 413 |
| 1.1. Posibilidad de aplicación analógica del art. 1170.2 CC. | 413 |
| 1.2. Ausencia de cumplimiento de los criterios de buena práctica bancaria. | 413 |
| 1.3. Imposibilidad de cargar en la cuenta del que se la entregó la suma que recibió cuando la letra no es cobrada a su vencimiento por culpa del tenedor. | 414 |
| 2. Falta de devolución de la letra al librador descontatario una vez producido el impago. | 414 |
| 3. Letras libradas con cláusula sin gastos, y obligación del tenedor de protestarlas. | 415 |
| 4. Presentación del pagaré al cobro por el banco descontante mediante su remisión al banco domiciliatario. | 416 |
| d") <i>Presentación de letras de cambio por la demandada a la entidad actora, que le eran endosadas anticipando el banco su importe.</i> | 416 |

B.- OPERACIONES PASIVAS.

| | |
|---|-----|
| a) Contrato de depósito bancario de dinero. | 417 |
| a') <i>Contrato bancario de depósito en cuenta corriente.</i> | 417 |
| a") <i>Doctrina jurisprudencial general.</i> | 417 |
| 1. Diferencias con el contrato de cuenta corriente de crédito. | 417 |
| 2. Obligaciones de la entidad bancaria depositaria. | 418 |
| 3. Finalidad. | 418 |
| 4. Descubiertos: necesidad de autorización específica del titular de la cuenta. | 419 |
| b") <i>Supuestos.</i> | 420 |

| | |
|---|-----|
| 1. Domiciliación de embargos: ausencia de saldo en la cuenta corriente. | 420 |
| 2. Imposiciones no contabilizadas por falta de acreditación. | 420 |
| 3. Libreta a nombre de un único titular. | 421 |
| 3.1. Designación de cotitular: la facultad para disponer de los fondos no le confiere su propiedad. | 421 |
| 3.2. Fallecimiento del propietario designante o autorizante: integración del depósito en su patrimonio relicto. | 421 |
| 4. Reclamación de saldo deudor. | 422 |
| 4.1. Falta de comunicación al cliente de los distintos movimientos de cuenta. | 422 |
| 4.1.1. Incumplimiento por la entidad bancaria de la obligación de rendir cuentas de su gestión. | 422 |
| 4.1.2. Insuficiencia de la remisión de telegrama donde se refleja en el saldo deudor sin acompañar las partidas de la cuenta. | 422 |
| 4.2. Falta de prueba de su realidad. | 423 |
| 4.2.1. Aportación de documentos unilateralmente confeccionados por la entidad bancaria. | 423 |
| 4.2.2. Insuficiencia de la certificación expedida por el Corredor de Comercio. | 423 |
| <i>b') Modalidades.</i> | 424 |
| <i>a") Depósito a la vista en cuenta corriente.</i> | 424 |
| 1. Depósito mercantil de valores en cuenta corriente. | 424 |
| 1.1. Acción por negligencia o infracción de la buena práctica bancaria: venta de determinado número de acciones, solicitada por el esposo de la actora, cotitular de las mismas, sin su orden ni consentimiento, hallándose éstos separados legalmente, y sobradamente conocidos en el banco. | 424 |
| 1.2. Incumplimiento de contrato: ingresos realizados por la cuenta correntista en moneda fraccionaria. | 425 |
| 1.2.1. Buena fe y normativa contractual. | 425 |
| 1.2.2. Ingresos «salvo buen fin». | 426 |
| 1.2.3. Cláusula que entraña una obligación condicional. | 426 |
| 1.2.4. Falta de intervención del cuenta correntista o depositario en el recuento de las monedas. | 427 |
| 1.2.5. Práctica bancaria de diferir la cuantía del ingreso a resultas del recuento posterior. | 427 |
| 1.2.6. Obligación de restitución de la cantidad aminorada por la entidad bancaria con base en el recuento realizado. | 428 |
| 2. Contrato de cuenta de ahorro. | 428 |
| 2.1. Depósito bancario constituido en la modalidad de cuenta vivienda, instrumentado en libreta de ahorro. | 428 |
| 2.1.1. Controversia del interés pactado. | 428 |
| 2.1.2. Penalización por la resolución anticipada. | 429 |
| 2.2. Discrepancias en la determinación del saldo: falta de prueba de la autenticidad de las anotaciones de la libreta de los actores. | 430 |
| 2.3. Falta de diligencia: retención indebida sobre rendimientos de capital mobiliario del IRPF practicada por la entidad bancaria. | 430 |
| 2.4. Saldo negativo: no oposición al saldo notificado. | 432 |
| <i>b") Contrato de imposición a plazo fijo.</i> | 432 |
| 1. Cancelación anticipada de una imposición a plazo fijo: aplicación indebida de penalización, al no haber acreditado la entidad financiera la existencia de una cláusula de vencimiento anticipado. | 432 |

| | | |
|------------|---|-----|
| 2. | Constitución de los depósitos documentados en las libretas: expedición de libreta a plazo con la simple mención de nombre propio e inicial del primer apellido del depositante. | 433 |
| 2.1. | Emisión en forma distinta a las condiciones insertas en la libreta por el propio banco. | 433 |
| 2.2. | Actuación de director de la entidad crediticia como factor notorio: eficacia y vinculación de la entidad a la misma. | 434 |
| 2.3. | Existencia y legitimidad de los créditos a su favor por éstas representados a favor del actor. | 435 |
| 3. | Error en la forma de hacer efectiva la aportación a un Fondo de Inversión, mediante ingreso en efectivo, procedente de una imposición a plazo fijo, enmendado posteriormente. | 435 |
| 4. | Extracción de fondos de forma indebida por la entidad bancaria, para compensar deudas de los beneficiarios de la cuenta, sin la autorización de su único titular. | 436 |
| 5. | Intereses moratorios: desde la fecha de los respectivos vencimientos de los depósitos. | 436 |
| 6. | Solicitud de nulidad de los actos de cancelación y disposición realizados por el banco, por falta de autorización: falta de expresión del carácter con que se aperturaron. | 437 |
| 6.1. | Falta de titularidad material de los fondos por la actora. | 437 |
| 6.2. | Voluntad real de los contratantes respecto a su carácter indistinto. | 438 |
| C.- | OPERACIONES NEUTRAS O DE GESTIÓN. | 438 |
| a) | Mediación en los pagos. | 438 |
| a') | <i>Crédito documentario.</i> | 438 |
| a'') | <i>Doctrina jurisprudencial general.</i> | 438 |
| 1. | Concepto. | 439 |
| 2. | Naturaleza jurídica. | 439 |
| 3. | Pacto expreso de irrevocabilidad. | 440 |
| b'') | <i>Juicio ejecutivo (nulidad, título sin fuerza ejecutiva): cantidad inexigible, de un contrato de concesión de crédito a la importación.</i> | 440 |
| b') | <i>Tarjetas de crédito.</i> | 441 |
| a'') | <i>Contrato de afiliación al sistema de tarjeta: concepto y características.</i> | 441 |
| b'') | <i>Intereses moratorios: pacto expreso entre las partes y consideración como interés normal dentro de los usos bancarios.</i> | 442 |
| c'') | <i>Prueba.</i> | 443 |
| 1. | Acreditación de la realización de compras o utilización de servicios en base al contrato de Tarjeta de Compra existente. | 443 |
| 2. | Acreditación del suministro de gasolina, abonado con tarjeta de crédito: necesidad de aportar los documentos emitidos por las estaciones de servicio adheridas al sistema de tarjetas. | 443 |
| d'') | <i>Sustracción: adeudos por cargos procedentes de uso fraudulento o irregular de la Tarjeta Visa Oro.</i> | 445 |
| 1. | Exención de responsabilidad del titular de la tarjeta: requisitos. | 445 |
| 2. | Responsabilidad de Visa y del Banco en 1/3, respectivamente, del total de responsabilidad sobre el perjuicio causado, sin perjuicio de sus propias acciones frente a los comerciantes adheridos al sistema. | 446 |
| e'') | <i>Titular de la tarjeta: asunción de importes por compras (burda imitación de la firma del titular en los establecimientos vendedores).</i> | 447 |
| f'') | <i>Usura.</i> | 447 |
| 1. | Falta de pacto de intereses usurarios. | 447 |
| 2. | Inexistencia de situación de angustia. | 448 |

| | |
|--|-----|
| <u>SECCIÓN 2ª. SERVICIO DE RECLAMACIONES DEL BANCO DE ESPAÑA.</u> (Malas prácticas bancarias-Informes favorables al reclamante). | 451 |
| <u>I.- OPERACIONES ACTIVAS.</u> | 451 |
| A.- ACTUACIÓN UNILATERAL DE LA ENTIDAD. | 451 |
| B.- COMISIONES. | 451 |
| C.- CONDICIONES CONTRACTUALES. | 453 |
| D.- FALTA DE DILIGENCIA. | 454 |
| E.- INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN. | 454 |
| F.- INTERESES. | 455 |
| G.- LEY DE CRÉDITO AL CONSUMO. | 456 |
| H.- PRÉSTAMOS SUBVENCIONADOS. | 456 |
| I.- SUBROGACIONES Y NOVACIONES. Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. | 457 |
| <u>II.- OPERACIONES PASIVAS.</u> | 458 |
| A.- COMISIONES. | 458 |
| B.- CONDICIONES CONTRACTUALES. | 461 |
| C.- DISCREPANCIAS SOBRE APUNTES EN CUENTA. | 462 |
| D.- FALTA DE DILIGENCIA. | 464 |
| E.- INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN. | 465 |
| F.- INTERESES. | 468 |
| G.- LEY DE CRÉDITO AL CONSUMO. | 469 |
| H.- PUBLICIDAD. | 469 |
| I.- VALORACIÓN. | 469 |
| <u>III.- TRANSFERENCIAS.</u> | 470 |
| A.- COMISIONES. | 470 |
| B.- DISCREPANCIAS SOBRE APUNTES EN CUENTA. | 471 |
| C.- FALTA DE DILIGENCIA. | 472 |
| D.- INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN. | 472 |

| | |
|---|-----|
| | 17 |
| E.- VALORACIÓN. | 472 |
| <u>IV.- CHEQUES, LETRAS DE CAMBIO, PAGARÉS, RECIBOS Y OTROS EFECTOS.</u> | 473 |
| A.- COMISIONES. | 473 |
| B.- DISCREPANCIAS SOBRE APUNTES EN CUENTA. | 474 |
| C.- FALTA DE DILIGENCIA. | 475 |
| D.- INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN. | 477 |
| E.- NORMATIVA ESPECÍFICA. | 477 |
| F.- VALORACIÓN. | 479 |
| <u>V.- VALORES Y OPERACIONES CON DEUDA DEL ESTADO.</u> | 479 |
| A.- COMISIONES. | 480 |
| B.- FALTA DE DILIGENCIA. | 480 |
| C.- INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN. | 481 |
| D.- OTRAS CUESTIONES. | 481 |
| <u>VI.- TARJETAS DE CRÉDITO</u> (incluye las de débito). | 482 |
| A.- COMISIONES. | 482 |
| B.- CONDICIONES CONTRACTUALES. | 482 |
| C.- DISCREPANCIAS SOBRE APUNTES EN CUENTA. | 483 |
| D.- FALTA DE DILIGENCIA. | 484 |
| E.- INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN. | 486 |
| F.- USO FRAUDULENTO. | 487 |
| G.- VALORACIÓN. | 489 |
| <u>VII.- OPERACIONES EN DIVISAS Y BILLETES EXTRANJEROS.</u> | 489 |
| A.- COMISIONES. | 489 |
| B.- FALTA DE DILIGENCIA. | 490 |
| C.- INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN. | 490 |
| D.- NORMATIVA ESPECÍFICA. | 490 |

| | |
|--|-----|
| VIII.- <u>CUESTIONES VARIAS.</u> | 491 |
| A.- AVALES Y GARANTÍAS. | 491 |
| B.- CAJAS DE SEGURIDAD. | 492 |
| C.- CAMBIO DE TITULARIDAD DE UNA OFICINA BANCARIA. | 492 |
| D.- CRÉDITOS DOCUMENTARIOS. | 492 |
| E.- DEPÓSITO DE DÉCIMOS DE LOTERÍA. | 493 |
| F.- IMPUESTOS Y SEGURIDAD SOCIAL. | 493 |
| G.- SEGUROS. | 494 |
| H.- OTRAS CUESTIONES. | 495 |
| | |
| <u>SECCIÓN 3ª.</u> CONDICIONES GENERALES DE CONTRATOS BANCARIOS. | 497 |
| | |
| I.- <u>OPERACIONES ACTIVAS.</u> | 497 |
| A.- CONTRATO DE PRÉSTAMO. | 497 |
| a) Solidaridad. | 497 |
| b) Forma de disposición. | 497 |
| c) Garantía personal solidaria. | 497 |
| d) Garantía prendaria. | 498 |
| e) Información. | 498 |
| <i>a') Información a facilitar por el Banco.</i> | 498 |
| <i>b') Información a facilitar por la parte prestataria.</i> | 499 |
| f) Exención de responsabilidad del Banco. | 499 |
| g) Compensación. | 499 |
| h) Vencimiento anticipado. | 500 |
| i) Reclamación por vía judicial. | 501 |
| j) Domicilios. | 501 |
| B.- CONTRATO DE DESCUENTO BANCARIO. | 501 |
| a) Solidaridad. | 502 |
| b) Forma de disposición. | 502 |
| c) Garantía personal solidaria. | 502 |
| d) Información. | 502 |
| <i>a') Información a facilitar por el Banco.</i> | 503 |
| <i>b') Información a facilitar por el titular.</i> | 503 |
| e) Compensación. | 503 |
| f) Duración. | 504 |
| g) Vencimiento anticipado. | 504 |
| h) Apertura de cuenta especial. | 506 |
| i) Reclamación por vía judicial. | 507 |
| j) Domicilios. | 508 |
| C.- FIANZA. | 508 |
| a) Importe global de la garantía. | 508 |
| b) Solidaridad. | 508 |

| | |
|--|------------|
| c) Obligaciones garantizadas por la fianza. | 509 |
| d) Duración del contrato. | 510 |
| e) Efectividad de la garantía. | 510 |
| f) Naturaleza de los derechos y acciones que competen al Banco. | 510 |
| g) Imputación de pagos. | 511 |
| h) Compensación. | 511 |
| i) Información a la parte fiadora. | 512 |
| j) Reclamación por vía judicial. | 512 |
| k) Domicilios. | 513 |
| l) Lugar del cumplimiento de las obligaciones. | 513 |
| ll) Naturaleza y normativa aplicable. | 513 |
| | |
| II.- OPERACIONES PASIVAS. | 514 |
| | |
| A.- CONTRATO DE DEPÓSITO BANCARIO DE DINERO. | 514 |
| a) Naturaleza del contrato. | 514 |
| b) Titularidad. | 514 |
| c) Disposición de los fondos depositados. | 514 |
| d) Intereses, comisiones y gastos repercutibles. | 515 |
| e) Saldos deudores. | 516 |
| f) Servicios operativos electrónicos. | 516 |
| g) Compensación y retención. | 517 |
| h) Domicilio y comunicaciones. | 517 |
| i) Cancelación del depósito. | 518 |
| j) Cancelación por prescripción. | 518 |
| k) Defunción del titular. | 519 |
| l) Condiciones específicas de la modalidad de libreta. | 519 |
| a') <i>Carácter de la libreta y anotación de operaciones.</i> | 519 |
| b') <i>Custodia de la libreta.</i> | 519 |
| ll) Condiciones específicas de la modalidad de cuenta corriente. | 520 |
| a') <i>Utilización, custodia y revocación de cheques.</i> | 520 |
| b') <i>Extractos y liquidaciones.</i> | 520 |
| | |
| III.- OPERACIONES NEUTRAS O DE GESTIÓN. | 521 |
| | |
| A.- MEDIACIÓN EN LOS PAGOS. | 521 |
| a) Crédito documentario. | 521 |
| a') <i>Sujeción.</i> | 521 |
| b') <i>Crédito revocable.</i> | 521 |
| c') <i>Crédito irrevocable.</i> | 522 |
| d') <i>Expresiones.</i> | 522 |
| e') <i>Embarques parciales.</i> | 522 |
| f') <i>Incumplimiento de las condiciones.</i> | 522 |
| g') <i>Corresponsal.</i> | 523 |
| h') <i>Seguro.</i> | 523 |
| i') <i>Períodos para embarque.</i> | 523 |
| j') <i>Divisa.</i> | 524 |
| k') <i>Exención de responsabilidad del Banco.</i> | 524 |
| l') <i>Pago.</i> | 525 |
| b) Tarjetas de crédito y de débito. | 525 |
| a') <i>Definiciones.</i> | 525 |
| b') <i>Duración del contrato y caducidad de las tarjetas.</i> | 526 |
| c') <i>Servicios que ofrecen las tarjetas.</i> | 526 |
| d') <i>Utilización de la tarjeta.</i> | 527 |

| | |
|--|-----|
| <i>e')</i> Obligaciones del contratante. | 527 |
| <i>f')</i> Obligaciones de los titulares. | 528 |
| <i>g')</i> Responsabilidades (modalidad a débito y/o crédito). | 529 |
| <i>h')</i> Operatividad de las tarjetas. | 529 |
| <i>a'')</i> Operaciones a débito. | 529 |
| <i>b'')</i> Operaciones a crédito. | 529 |
| <i>c'')</i> Extracto de operaciones a crédito de la cuenta de la tarjeta. | 529 |
| <i>d'')</i> Modalidades de pago de las operaciones "a crédito". | 530 |
| <i>i')</i> Intereses por pago aplazado. | 530 |
| <i>j')</i> Comisiones. | 531 |
| <i>k')</i> Modificación del tipo de interés, de las comisiones y de otras condiciones. | 531 |
| <i>l')</i> Depósito asociado o de domiciliación de pago. | 532 |
| <i>ll')</i> Situaciones de impago. | 532 |
| <i>m')</i> Causas de resolución. | 533 |
| <i>n')</i> Domicilio y comunicaciones. | 534 |
| B.- MEDIACIÓN EN LA EMISIÓN DE VALORES MOBILIARIOS. | 534 |
| a) Notas. | 534 |
| <i>a')</i> Operaciones. | 535 |
| <i>b')</i> Valores. | 535 |
| <i>c')</i> Cambio límite. | 536 |
| <i>d')</i> Plazo de validez. | 536 |
| <i>e')</i> Condiciones de la operación. | 536 |
| <i>f')</i> Canje/Conversión. | 537 |
| <i>g')</i> Traspaso. | 537 |
| b) Órdenes de Adquisición de Activos Financieros. | 537 |
| C.- DEPÓSITO ADMINISTRADO DE VALORES. | 538 |
| a) Funcionamiento de la cuenta de valores. | 538 |
| b) Cuenta asociada. | 539 |
| c) Solidaridad. | 539 |
| d) Disposición de la cuenta de valores. | 540 |
| e) Extensión del depósito o administración de valores. | 540 |
| f) Custodia de los valores depositados o administrados. | 540 |
| g) Administración del depósito de valores. | 541 |
| h) Información que ha de prestar el Banco al titular. | 541 |
| i) Comisiones, gastos e impuestos. | 542 |
| j) Provisión de fondos y valores. | 543 |
| k) Duración y extinción del contrato-tipo. | 544 |
| l) Restitución o transferencia contable de los valores. | 545 |
| ll) Domicilios. | 545 |
| <u>CONCLUSIONES.</u> | 547 |
| BIBLIOGRAFÍA. | 553 |
| ÍNDICE CRONOLÓGICO DE LEGISLACIÓN. | 561 |
| ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS CITADAS. | 569 |
| MODELOS CONTRACTUALES. | 575 |

ABREVIATURAS

| | |
|---------------------|--|
| AC | Aranzadi Civil. |
| Act. Civ. | Actualidad Civil. |
| acum. | Acumulados. |
| ADC | Anuario de Derecho Civil. |
| A.E.B. | Asociación Española de Banca Privada. |
| ap. | Apartado. |
| ApNDL | Apéndice 1975-1985 al Nuevo Diccionario de Legislación Aranzadi. |
| art. (arts.) | Artículo(s). |
| BBTC | Banca, Borsa e Titoli di Credito. |
| B.O. | Boletín Oficial. |
| BOAR | Boletín Oficial de Aragón. |
| BOE | Boletín Oficial del Estado. |
| BOJA | Boletín Oficial de la Junta de Andalucía. |
| c. | Contra. |
| CBE | Circular del Banco de España. |
| CBE 8/1990 | Circular del Banco de España de 7 de septiembre de 1990. |
| CC | Código Civil. |
| C.C.I. | Cámara de Comercio Internacional. |
| CCo. | Código de Comercio. |
| CDCSB | Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios. |
| CDCSF | Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros. |
| Cdo. | Considerando. |
| CE | Constitución Española de 27 de diciembre de 1978. |
| c.e. | Corrección de errores. |
| CECA | Comunidad Europea del Carbón y del Acero. |
| CEE | Comunidad Económica Europea. |
| cfr. | Confróntese. |

| | |
|----------------|--|
| cit. | Citado(a). |
| coord. | Coordinado. |
| C.S.B. | Consejo Superior Bancario. |
| D. | Decreto. |
| D.A. | Disposición Adicional. |
| D.D. | Disposición derogatoria. |
| D.F. | Disposición Final. |
| DGRN | Dirección General de los Registros y del Notariado. |
| dir. | Dirigido. |
| D.-Leg. | Decreto-Legislativo. |
| DN | Derecho Notarial. |
| D.O. | Diario Oficial. |
| DOCE | Diario Oficial de las Comunidades Europeas. |
| DOG | Diario Oficial de Galicia. |
| ed. | Edición. |
| EURATOM | Comunidad Europea de Energía Atómica. |
| f./ff. | Folio(s). |
| Fasc. | Fascículo. |
| F.D. | Fundamento de Derecho. |
| F.J. | Fundamentos Jurídicos. |
| JC | Jurisprudencia Civil de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. |
| JUR | Documento de Jurisprudencia disponible en http://www.westlaw.es , y, en su caso, en productos CD-DVD Aranzadi. |
| LABE | Ley de Autonomía del Banco de España. |
| LBCO | Ley Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. |
| LC | Ley Cambiaria y del Cheque. |
| LCA | Ley sobre Contrato de Agencia. |
| LCC | Ley de Crédito al Consumo. |

| | |
|-----------------------|--|
| LCGC | Ley de Condiciones Generales de la Contratación. |
| LCS | Ley de Contrato de Seguro. |
| LDC | Ley de Defensa de la Competencia. |
| LDIEC | Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil. |
| LECrim | Ley de Enjuiciamiento Criminal. |
| LEY 2/1994 | Ley sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios. |
| LEY 3/1994 | Ley de 14 de abril de 1994, por la que se adapta la legislación española, en materia de entidades de crédito, a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria. |
| LGDCU | Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. |
| LH | Ley Hipotecaria. |
| LMRSF | Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. |
| LMV | Ley del Mercado de Valores. |
| L.O. | Ley Orgánica. |
| LOB | Ley de Ordenación Bancaria. |
| LOPJ | Ley Orgánica del Poder judicial. |
| LRJP | Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. |
| LSA | Ley de Sociedades Anónimas. |
| LSRL | Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. |
| MSRBE | Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. |
| NDL | Nuevo Diccionario de Legislación Aranzadi. |
| núm. | Número. |
| O.M. | Orden Ministerial. |
| O.M. de 1989 | Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989. |
| p. (pp.) | Página(s). |
| párr. (párrs.) | Párrafo(s). |
| RCDCSF | Reglamento de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros. |

| | |
|-----------------------|--|
| R.D. | Real Decreto. |
| R.D. 303/2004 | R.D. 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros. |
| RDBB | Revista de Derecho Bancario y Bursátil. |
| R.D.-Leg. | Real Decreto-Legislativo. |
| R.D.-Ley | Real Decreto-Ley. |
| RDM | Revista de Derecho Mercantil. |
| RDP | Revista de Derecho Privado. |
| RDProc. | Revista de Derecho Procesal. |
| rect. | Rectificaciones. |
| RGD | Revista General de Derecho. |
| RGLJ | Revista General de Legislación y Jurisprudencia. |
| RJ | Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. |
| RJC | Revista Jurídica de Cataluña. |
| RTC | Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional. |
| S./SS. | Sentencia(s). |
| SAP (SSAP) | Sentencia(s) de la Audiencia Provincial. |
| SAT | Sentencia de la Audiencia Territorial. |
| SJPI | Sentencia Juzgado de Primera Instancia. |
| SRBE | Servicio de Reclamaciones del Banco de España. |
| ss. | Siguientes. |
| STC (SSTC) | Sentencia(s) del Tribunal Constitucional. |
| STJCE (SSTJCE) | Sentencia(s) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. |
| STS (SSTS) | Sentencia(s) del Tribunal Supremo. |
| t. | Tomo. |
| TAE | Tasa Anual Equivalente. |
| TJCE | Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas-Aranzadi. |
| T.R. | Texto Refundido. |

| | |
|--------------|------------|
| trad. | Traducido. |
| v. | Vuelto. |
| vid. | Véase. |
| vol. | Volumen. |

PRIMERA PARTE

DOCTRINA DE LOS USOS BANCARIOS

I.- INTRODUCCIÓN.

Al abordar el estudio de las costumbres y los usos de comercio (y, entre éstos, específicamente, los bancarios) el primer problema con el que nos encontramos es el terminológico, pues la expresión “fuente del Derecho” es confusa. Para concretarlo, la doctrina ha distinguido, tradicionalmente, en el concepto de “fuente” dos sentidos¹: 1) un primer sentido alude al medio o forma en que se manifiestan las normas jurídicas (fuente en sentido formal); y 2) un segundo sentido, referido a las fuerzas sociales que presentan capacidad normativa, en un concreto momento histórico (fuente en sentido material). Es decir, hay una primera distinción en cuanto a la forma de establecimiento del Derecho, entendido éste como conjunto de normas positivas (esto es, como conjunto normas vigentes en un lugar y momentos determinados), susceptibles de imponerse coactivamente; y una segunda distinción en cuanto al sujeto que establece el Derecho.

La determinación de las fuentes materiales del Derecho es un problema fundamentalmente constitucional², pero, dado que la constitución formal no

¹ DE CASTRO describe como fuente jurídica “a cada fuerza social con facultad normativa creadora” (DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1955, p. 367).

En esta línea, BALAGUER CALLEJÓN, partiendo de que “la disciplina de las fuentes tiene por objeto el análisis de los modos de producción del Derecho”, entiende por fuentes del Derecho “a las categorías o tipos normativos por medio de los cuales se manifiesta el proceso de producción y aplicación del Derecho, mediante la incorporación de normas jurídicas al ordenamiento” (BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho*, Madrid, 1991, pp. 62 y 63).

² En este sentido, nuestra Constitución de 27 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311.1, del 29, en adelante CE), reconoce potestad normativa al Estado y a las Comunidades Autónomas, posibilitando, asimismo, que ciertas organizaciones internacionales puedan dictar normas de aplicación directa en España (art. 93 CE), lo que es especialmente significativo desde nuestra pertenencia a la Comunidad Europea en 1 de enero de 1986. Ello se produjo merced a la L.O. 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas (BOE núm. 189, del 8); siendo ratificado por Instrumento de adhesión de España a las Comunidades Europeas, de 20 de septiembre de 1985 y 1 de enero de 1986 (BOE núm. 1, de 1 de enero de 1986).

Los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (CECA, CEE y EURATOM) han sido objeto de varias modificaciones. La primera, por el Acta Única Europea de 17 de febrero de 1986, firmada en Luxemburgo, y ratificada por España por Instrumento de 9 de diciembre de 1986 (DOCE, Serie L, núm. 169, de 29 de junio de 1987; BOE núm. 158, de 3 de julio de 1987). Posteriormente, por el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, firmado en Maastricht, y ratificado por España por Instrumento de 29 de diciembre de 1992 [DOCE, Serie C, núm. 191, de 29 de julio; BOE núm. 11, de 13 de enero de 1994; rect. en BOE núm. 12, de 14

ofrece una solución directa al respecto, se hace necesario acudir al análisis empírico de dichas fuentes, mediante la observación de la realidad social. Ello justifica que, en este punto, no se deba partir de esquemas teóricos preconcebidos, ya sean de tipo monista (conformados sobre una visión predominantemente estatalista y legalista del Derecho) o pluralista (en donde, junto al Estado, se reconoce a determinadas fuerzas sociales la capacidad para crear normas jurídicas, caracterizadas en esencia por su poder para imponerse coactivamente)³.

Sin embargo, el análisis estrictamente jurídico de las fuentes del Derecho precisa que nos centremos en el estudio de las fuentes formales⁴, cuestión que se aborda, con carácter general, en el art. 1 CC⁵, en cuyo ap. 1 se establece: “*Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*”; esto es, en este precepto se reconocen las

de enero de 1994, BOE núm. 138 (suplemento) de 10 de junio de 1994, BOE núm. 93 de 18 de abril de 1997, y BOE núm. 254 de 23 de octubre de 1999].

Finalmente, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas fueron modificados, a través de los trabajos de la Conferencia Intergubernamental, por el denominado Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997; y ratificado por España por Instrumento de 23 de diciembre de 1998 (BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1999; rect. en BOE núm. 188, de 7 de agosto de 1999), entrando en vigor el 1 de mayo de 1999.

Más recientemente, el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, han sido modificados por el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001, siendo autorizada la ratificación por España por L.O. 3/2001, de 6 de noviembre (BOE núm. 267, del 7); entró en vigor de forma general y para España el 1 de febrero de 2003, en virtud de su parte dispositiva.

³ GORDILLO CAÑAS se pregunta si es posible considerar hoy a la costumbre como fuente formal del Derecho, y llega a la conclusión de que la costumbre de nacimiento y normatividad independiente no tiene hoy cabida en Derecho. Asimismo estima que la reforma del Título Preliminar del Código Civil en 1974 pretendió revitalizar la costumbre, equiparando a ella los usos jurídicos normativos, pero estima que son los usos los que dan la falsa imagen de su existencia (GORDILLO CAÑAS, A., «La costumbre: ¿fuente autónoma del Derecho?», en *Quaderni Fiorentini*, núm. 21, Milán, 1992, pp. 393 y 522 y 523).

⁴ Para URÍA, “en sentido rigurosamente técnico, las fuentes jurídicas son aquellos medios de que se vale el Derecho objetivo para manifestarse exteriormente” (URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 28ª. ed., Madrid, 2001, p. 17).

Por su parte, para BALAGUER CALLEJÓN “las fuentes del Derecho deben determinarse en cada sistema jurídico a partir del Derecho positivo (...). De ese modo, se puede decir que sólo son fuentes del Derecho aquellas que introducen reglas que son eficaces con carácter *erga omnes*, respecto de todos los sujetos del ordenamiento jurídico (aunque no necesariamente sean aplicables a todos y cada uno de esos sujetos). No tienen esa condición de fuente aquellos hechos jurídicos que producen reglas con eficacia *inter partes*” (BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes...*, cit., p. 65).

⁵ Código Civil, de 24 de julio de 1889 (Gaceta núm. 206, del 25, en lo sucesivo, CC).

fuentes meramente formales del ordenamiento jurídico español, referido en su totalidad, por lo que resulta aplicable a todos los sectores del Derecho.

Desde la óptica del Derecho mercantil, la cuestión de las fuentes del Derecho, suscita una problemática particular dentro de su ámbito material, asentado sobre la noción de *acto de comercio*. Ello sirvió de base para los intentos autonomistas del Derecho mercantil frente al común, que pretendían la elaboración de una doctrina de fuentes propias del Derecho mercantil; alegándose razones de índole histórica⁶ y de sistemática jurídica. No obstante, en materia de fuentes jurídicas, el Derecho mercantil no presenta especialidades, como se puede apreciar en dos aspectos fundamentales, referidos en el art. 2 CCo., relativos a la *naturaleza y la jerarquía de las fuentes*:

1º. En cuanto a la *naturaleza de las fuentes*, éstas son intrínsecamente las mismas para todo el “ordenamiento jurídico español”⁷, tal y como se establece en el art. 1.1 CC (esto es, la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho)⁸. Advertimos que esta expresión contiene una doble significación, referida tanto al sistema jurídico, en su conjunto (esto es, en alusión a las

⁶ Ciertamente, como señala GALGANO, “la historia del Derecho mercantil es la historia de un modo particular de creación del Derecho” (GALGANO, F. *Storia del Diritto Commerciale*, Bolonia, 1976, p. 9).

Este Derecho tiene su origen en un Derecho no escrito, fundamentalmente consuetudinario, creado por una clase social, la de los propios comerciantes, que se aplica de forma preferente, aunque no exclusiva, en un mercado de producción local, de pequeño ámbito territorial. Posteriormente, este Derecho mercantil se internacionaliza, como consecuencia de la ampliación del mercado de la distribución, siendo el germen de la denominada “*lex mercatoria*”.

⁷ Como señala OLIVENCIA, “las normas mercantiles no se diferencian, pues, de las civiles por la naturaleza de sus fuentes (que son la ley y la costumbre), sino por el contenido de sus disposiciones y por su aplicación prioritaria a la materia mercantil” [OLIVENCIA RUIZ, M., «Las fuentes del Derecho mercantil», en *Derecho Mercantil* (coord. por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.), vol. I, 6ª. ed., Barcelona, 2000, p. 46].

⁸ Antes de la reforma del Título Preliminar del Código Civil, realizada por el D. 1836/1974, de 31 de mayo, en donde está inserto el actual art. 1.1 CC, el originario art. 6 CC aludía *indirectamente* a las fuentes del ordenamiento jurídico, a propósito de la aplicación de las normas por los Tribunales. Su tenor literal establecía: “*El Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y, en su defecto, los principios generales del Derecho*”.

Tras la reforma del Título Preliminar, cambia el emplazamiento y el modo de formulación de las fuentes jurídicas, que ahora se declaran de forma directa, aunque no el criterio inspirador, de forma que el Título Preliminar del Código Civil se inicia con la regulación de éstas, por comprensibles razones de importancia y prioridad.

distintas ramas del Derecho), como al sistema jurídico-político en su totalidad, al introducir el término “*español*”; y, por tanto, la enumeración de fuentes contenida en el art. 1.1 CC resulta predicable, en el ámbito civil, tanto del Derecho (civil) común [entendido éste como Derecho Privado general, contenido en el Código Civil, como veremos en el ap. II.-A.-b)c’)a”), del que se predica su carácter supletorio, en virtud del art. 4.3 CC] como de los distintos Derechos (civiles) forales, los cuales no pueden ignorar este dato en sus respectivas Compilaciones, cuando se refieren a sus fuentes jurídicas.

Respecto al primero de los significados aludidos, se hace necesario plantearse particularmente si las fuentes descritas en el art. 1.1 CC son las mismas en el Derecho mercantil. La respuesta ha de ser afirmativa, dado el carácter general y básico del Capítulo I (denominado “*Fuentes del Derecho*”) del Título Preliminar del Código Civil, en donde está inserto dicho precepto, aplicable a la totalidad del “*ordenamiento jurídico español*”. De forma que, entendemos, el art. 2 CCo. concreta en el ámbito del Derecho Mercantil la formulación genérica contenida en el mencionado Capítulo I, refiriéndose dicho precepto, en materia de fuentes, *sólo* a las disposiciones contenidas en el propio Código de Comercio y a los usos del comercio (específicos de este ámbito jurídico), pues no se mencionan a los principios generales del Derecho; pero a continuación también se hace una remisión expresa, a falta de ambas reglas, a las contenidas en el Derecho común⁹. En realidad, consideramos, esta alusión al Derecho común es una especificación de la regla general, establecida en el art. 4.3 CC, de la supletoriedad del Código Civil “*en las materias regidas por otras leyes*”. Por tanto, en el art. 2 CCo. se especifican en el ámbito mercantil, por un

⁹ La ley y los usos de comercio se consideran fuentes *indiscutidas*, en tanto en cuanto tienen un reconocimiento expreso en el art. 2 CCo. VICENT CHULIÁ señala que “en relación con ambas clases de fuentes, el jurista intenta ordenar el caos resultante del continuo acarreo histórico, intentando alcanzar un «orden jurídico», mediante los instrumentos técnicos de la competencia legislativa y la jerarquía de normas” (VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 14ª. ed., Valencia, 2001, p. 68).

Por su parte, la Jurisprudencia (entiéndase ésta como el conjunto de resoluciones del Tribunal Supremo) y las condiciones generales de los contratos (mercantiles), se conceptúan como fuentes *discutidas*, si bien este carácter también hay que referirlo a las fuentes del Derecho común.

lado, las fuentes del Derecho (descritas, genéricamente, en el art. 1.1 CC); y, por otro, la función de supletoriedad del Código Civil¹⁰ (art. 4.3 CC), lo cual, como señala URÍA, “no quiere decir que el Derecho común sea fuente del Derecho mercantil”¹¹.

La ley mercantil, como primera de las fuentes enunciadas, está referida en el art. 2 CCo. exclusivamente a “*las disposiciones contenidas en él*”, expresión que, hay que entender, comprende, asimismo, las leyes mercantiles especiales. Por otra parte, hay que tener presente que la labor codificadora responde a esquemas de la dogmática jurídica decimonónica¹², que, si bien daba respuesta a

¹⁰ Precisamente, la Exposición de Motivos del Código de Comercio vigente, cuando se refiere a las “*Fuentes del Derecho Mercantil*” alude al carácter supletorio del Derecho Común, contemplado en el art. 2 CCo.; diferenciando entre el tratamiento que, ahora, realiza al Derecho Común con el que, hasta entonces, había dispensado el Código de Comercio de 1829: “*Por manera que el Código actual considera a las leyes de comercio como excepciones del Derecho civil o común, y, por consiguiente, al Derecho mercantil como un Derecho excepcional. El Proyecto, al contrario, proclama como Derecho propio el mercantil; mas reconociendo al mismo tiempo que el Derecho privado común es la base o la parte general de los derechos privados especiales, entre los cuales se halla el mercantil, atribuye al primero el carácter de supletorio en último término; esto es: cuando las dudas o cuestiones a que dan lugar las transacciones mercantiles no puedan resolverse por la legislación escrita mercantil ni por los usos o práctica del comercio*”.

Lo que resulta criticable, como examinaremos en el ap. II.-A.-b)c’), es la oportunidad de la formulación de esta supletoriedad del Derecho común en el Código Civil (art. 4.3 CC), al tratarse de una materia eminentemente constitucional, pues se predica de todo el *ordenamiento jurídico español* (art. 1.1 CC).

¹¹ URÍA, R., *Derecho Mercantil*, cit., p. 18.

¹² Nuestro vigente Código de Comercio es el resultado de un largo proceso de reforma del primer Código de Comercio, de 30 de mayo de 1829 (también conocido como Código de don Pedro SÁINZ DE ANDINO, quien fue su redactor), el cual, por el contrario, se llevó a cabo con relativa facilidad, quizá por la notoria uniformidad que presentaba el Derecho de los comerciantes y de los mercaderes. Este proceso reformista se inicia en 1834, poco después de su promulgación, cuando se nombró la primera Comisión (se llegaron a formar hasta siete Comisiones distintas y sucesivas, que se basaron en la legislación española vigente y en el Código de Comercio francés, que también influyó en el de SÁINZ DE ANDINO).

El trabajo de estas comisiones culminó en 1882, cuando el 18 de marzo se presentó un Proyecto de nuevo Código de Comercio, inspirado en las bases aprobadas por el Decreto de 20 de septiembre de 1869, de profunda ideología liberal, como queda reflejada en la Exposición de Motivos del Proyecto. Éste, tras introducirse algunas modificaciones, se convirtió en Ley en virtud del R.D. de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio (Gaceta núms. 289 a 328, del 16 de octubre al 24 de noviembre de 1885). Casi cuatro años después de ser sancionado el Código de Comercio, fue publicado el Código Civil, por R.D. de 24 de julio de 1889, lo que revela que muchas de sus normas se reiterasen después en éste.

El nuevo cuerpo legal entró en vigor el día 1 de enero de 1886, sustituyendo definitivamente al de 1829. Respecto al Código anterior, el vigente de 1885 contempla varias materias que el de 1829 ignoraba (operaciones de Bolsa, cheque, títulos al portador, seguro, etc.), o que habían sido objeto de una escasa atención. No obstante ello, como señala SÁNCHEZ CALERO, el vigente

las principales cuestiones que se exponían en dicha época, resultan inadecuadas a la realidad mercantil actual (piénsese, p.ej., en la importancia de las condiciones generales de los contratos, que hoy merecen la atención de un sector de la doctrina en cuanto a su inclusión en el sistema de fuentes del Derecho, cuestión ésta que fue objeto de polémica por GARRIGUES y DE CASTRO, a través del cauce formal del “uso normativo”¹³); siendo necesario examinar la dogmática jurídica de entonces por el momento histórico en que se desarrolla, que asiste al proceso de formación del Estado moderno y la consiguiente legalización del poder estatal, produciéndose la sustitución de la voluntad del príncipe por el imperio de la ley. Ambos elementos aún permanecen en la actualidad, aunque con un carácter muy distinto al originario, pues se aprecian nuevas tendencias en el seno del ordenamiento jurídico mercantil, que ponen de manifiesto que la ley es cada vez menos la principal fuente formal del Derecho mercantil y que han surgido nuevos protagonistas jurídicos, distintos al Estado, en la creación de este Derecho:

- 1) por un lado, su *constitucionalización*, estructurándose en la denominada “Constitución económica”, integrada por el conjunto de disposiciones fundamentales orientadas a establecer los principios jurídicos sobre los que se asienta un régimen económico determinado, lo que tiene una clara incidencia en el Derecho mercantil, como derecho privado regulador de la actividad empresarial;
- 2) por otro lado, asistimos a un fenómeno de *deslegalización* administrativa, que permite la existencia de multitud de disposiciones reglamentarias, de distinto rango y naturaleza, lo que plantea una abundante problemática, en orden a los principios de competencia y de jerarquía normativa; y

“significó en la evolución de nuestro Derecho mercantil un progreso inferior al que representó su precedente” (SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. I, 23ª. ed., Madrid, 2000, p. 35). Y deja vacíos legales importantes (p.ej. descuento bancario, apertura de crédito, contrato de cuenta corriente y reaseguro) o una escasa regulación en materia de sociedades.

¹³ Para DE CASTRO si se viese en las condiciones generales de los contratos una manifestación de los usos del comercio en su función de costumbre normativa, supondría atribuir a los empresarios un privilegiado poder normativo, con grave subversión de la organización político-jurídica (DE CASTRO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, 1975, p. 24).

3) por último, su *internacionalización*, que se plasma en la conformación de un Derecho del comercio internacional, en el que ejercen un papel destacado las empresas multinacionales, y que está compuesto por disposiciones e instituciones internacionales que dejan su impronta en el mismo Derecho estatal.

Respecto a los *usos del comercio*, el hecho de que el codificador mercantil los reconozca como segunda fuente del Derecho mercantil, y no se hable de costumbre, supone la confirmación del carácter especial del Derecho mercantil, asentado sobre una larga tradición jurídica. Esta apreciación jurídica es ratificada posteriormente con la promulgación del Código Civil, casi cuatro años después de la aprobación del Código de Comercio, cuando sí se alude a la costumbre, manteniéndose esta denominación de usos del comercio en este cuerpo legal, hasta nuestros días.

En cuanto a los principios generales del derecho¹⁴, en el ámbito jurídico mercantil, éstos son definidos por URÍA como “aquellos postulados informadores del ordenamiento mercantil que se inducen de las normas positivas integrantes del mismo”; y afirma su escasa aplicabilidad dentro de un sistema como el mercantil, de base codificada, que dispone de un conjunto completo de leyes coherentes y sistemáticas, dada su consideración legal de fuente subsidiaria, ya que sólo entrarán en juego “en defecto de ley o de costumbre” (uso), según declara el art. 1.4 CC¹⁵. Sin embargo, entendemos, esta posición, referida a la función de subsidiaridad de los principios generales del Derecho mercantil, como fuente autónoma (función que se reconoce de forma general en el art. 1.4 CC), hay que matizarla:

¹⁴ Pese a la rotundidad con la que se expresa el legislador en el art. 1.1 CC, hay autores, como RUIZ VADILLO, que niegan que los principios generales del Derecho puedan ser fuentes del Derecho, “porque de ellos no puede decirse que deriven de ningún órgano, salvo que se entienda que se identifican con el poder creador del Juez”, y les reconoce un mero valor instrumental, como medios de interpretación o descubrimiento de las verdaderas fuentes del Derecho, que son la ley y la costumbre (RUIZ VADILLO, E., «Algunas ideas sobre el valor y significación de las fuentes del Derecho en el nuevo título preliminar del Código civil», en *ADC*, t. XXX-Fasc. 1, 1977, p. 70).

¹⁵ URÍA, R., *Derecho Mercantil*, cit., p. 23.

1) En efecto, no hay que olvidar que, pese a la omisión del codificador mercantil a una eventual admisión de la subsidiaridad de los principios generales del Derecho mercantil, una buena parte de este Derecho especial está asentado en la materia contractual, la cual se inspira en el principio de libertad contractual y en el principio de *buena fe negocial* (éste está contemplado expresamente en el art. 57 CCo.); recogiendo, también, en la misma Exposición de Motivos del Código de Comercio un gran número de principios sobre los que se construyó el Derecho mercantil codificado¹⁶.

2) Asimismo, tampoco se puede prescindir del carácter informador de los principios generales del Derecho, en todo caso, aunque no se apliquen; tal es el sentido de la expresión “(...) *sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*”¹⁷, carácter reconocido *genéricamente*, también, en el art. 1.4 CC, junto a la referida función de subsidiaridad¹⁸. Este carácter informador se postula igualmente de los principios generales específicos del Derecho mercantil, pese a su escasa aplicabilidad¹⁹.

Finalmente, la jurisprudencia es excluida del sistema de fuentes del Derecho (art. 1.1 CC), pues no se acepta que tenga tal carácter; limitándose la

¹⁶ Así, entre otros, además de los principios de libertad contractual y de buena fe negocial, los principios de libertad profesional, de libertad de industria, de libertad comercial y de libertad de asociación mercantil; el principio de justicia y equidad; la protección a los derechos de tercero; así como los principios generales sobre la exigibilidad de las obligaciones y la morosidad del deudor consignados en el título de los contratos; y diversos principios específicos de cada tipo contractual.

¹⁷ Obsérvese que este precepto, a diferencia del tenor del art. 1.1 CC, no hace mención expresa al “*ordenamiento jurídico español*”. De lo que se infiere, por tanto, que, del examen que hemos realizado pocas líneas atrás, en el art. 1.4 CC solo se hace alusión al sistema jurídico, y no a la organización jurídico-política, en lo que respecta al carácter informador de los principios generales del Derecho.

¹⁸ Este inciso sobre el carácter informador del ordenamiento jurídico se añade al contenido de fuente subsidiaria en defecto de ley y costumbre que se reconocía en el antiguo art. 6 CC.

¹⁹ El silencio del art. 2 CCo. plantea la cuestión de si este carácter informador también resulta aplicable en el ámbito propio del Derecho mercantil.

De lo expresado, con carácter general, en el art. 1.4 CC, se desprende que este precepto del Derecho común no impide la existencia de principios particulares de un determinado sector jurídico (*vid.* SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «En torno al concepto, evolución y fuentes del Derecho bursátil en el sistema jurídico español», en *RDM*, núm. 155, 1980, p. 46), sino todo lo contrario, que lo posibilita, ya que el carácter informador está referido al “*ordenamiento jurídico*” en su totalidad, que, como hemos visto, en su significación estrictamente jurídica, hace alusión a las distintas ramas jurídicas que lo integran. Y, no existiendo ninguna norma al respecto en el Código de Comercio, se desprende que la respuesta ha de ser afirmativa.

función de los Jueces y Tribunales, no a la creación del Derecho, sino a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como se consagra en el art. 117.3 CE. No obstante, en el art. 1.6 CC se le reconoce la importante función de complemento del ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho²⁰; este precepto también está encuadrado en el Capítulo I del Título Preliminar del Código Civil, en materia de fuentes del Derecho, por lo que resulta igualmente aplicable en el Derecho mercantil, en virtud de lo afirmado con anterioridad, en torno al carácter general y básico de dicho Capítulo I, así como por el carácter supletorio del art. 4.3 CC.

²⁰ Con anterioridad a la reforma del Título Preliminar del Código Civil, de 1974, la concepción dominante era la del positivismo legalista, que se traducía en la teoría objetiva de la jurisdicción, que atribuye a ésta la función de mera actuación y tutela del Derecho objetivo. En la reforma del Título Preliminar del Código Civil se observa una relajación del positivismo legalista, destacándose la introducción, por primera vez, de la jurisprudencia en el Capítulo I, dedicado a las Fuentes del Derecho, contemplándose no como fuente formal del Derecho, sino como complemento del ordenamiento jurídico. De esta forma, se despeja la incógnita que, hasta entonces, la doctrina había mantenido en torno a la consideración o no de la jurisprudencia como fuente del Derecho, ante el silencio del derogado art. 6 CC; en torno a esta polémica, *vid.* LALAGUNA, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969, pp. 111 y ss.

Por tanto, ahora se considera la función del Juez no como una mera aplicación automática de las normas jurídicas, sino que, además de desempeñar una función de garantía del Derecho objetivo (tanto en la observancia práctica de las normas jurídicas materiales como asegurando la vigencia del Derecho), tiene reconocida, igualmente, una función de integración del ordenamiento jurídico, pues aporta algún tipo de creación normativa cuando individualiza el Derecho en el caso concreto, colmando la posible existencia de lagunas jurídicas. Sobre esta labor integradora de la legislación por la jurisdicción, *vid.* MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, I, Parte General, Barcelona, 1987, pp. 151 y ss.

La Exposición de Motivos de la citada reforma del Título Preliminar del Código Civil es ilustrativa, en este sentido: “A la jurisprudencia, **sin incluirla entre las fuentes**, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y de los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración de adquirir **cierta trascendencia normativa**”. DE LA VEGA BENAYAS entiende, en torno a la expresión “*cierta trascendencia*”: “Más se refiere a la cualidad que a la cantidad, es decir, que su eficacia normativa es otra que la de las otras fuentes formales y legales. Y por eso, porque tiene una cierta trascendencia normativa, es decir, por operar sus decisiones con fuerza de obligar (igual a norma) incluye el nuevo Título Preliminar a la Jurisprudencia, como *complemento* del ordenamiento jurídico, al lado de las fuentes formales, distinta, pero fuente en definitiva” (DE LA VEGA BENAYAS, C., «La doctrina de las fuentes del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código Civil (artículos 1º. y 2º.)», en *RDProc.*, núm. 1, 1975, p. 244).

2º . Asimismo, en el Derecho mercantil español tampoco existe una *jerarquía de fuentes* distinta de la establecida en el Derecho común (en virtud del art. 2 CCo., primero se aplica la ley mercantil, y después, la costumbre mercantil)²¹.

En realidad, tanto en el Código de Comercio como en el Código Civil se establece un régimen de jerarquía de fuentes, que podríamos denominar, por exclusión²², ya que la técnica jurídica utilizada, asentada sobre una preponderancia de la ley sobre las demás fuentes del Derecho, se formula con el objetivo claro de evitar una eventual colisión de fuentes jurídicas; sin embargo, un análisis más profundo de este tema, como veremos en el ap. II.-G.-, cuando examinemos las relaciones entre la costumbre y la ley, nos permite comprobar que es posible la coexistencia pacífica de dichas fuentes²³. Los problemas derivados por una eventual colisión de fuentes jurídicas deben ser analizados en su justa medida, pues, como también veremos en el mencionado ap. II.-G.-, existen mecanismos jurídicos que evitan efectos indeseados, según el tipo de costumbre de que se trate.

En el ámbito del Derecho común, la jerarquía normativa se expresa en el art. 1.2 CC, en cuya virtud “*carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior*”. El tenor del texto plantea la cuestión del alcance de la norma, esto es si comprende el orden de prelación de fuentes y/o la

²¹ La pérdida de autonomía del Derecho mercantil responde también a condicionantes históricos, motivados, no en el agotamiento de sus fuentes de creación tradicionales, sino por la misma estatalización del Derecho, necesitado de unificación, en un lento proceso de integración de todos los ordenamientos autónomos en el estatal.

De forma que se pasa de un ordenamiento autónomo medieval a un *Derecho especial codificado* (CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. F., «Reflexiones sobre las fuentes del Derecho mercantil», en *RDM*, núm. 157-158, 1980, p. 493), constatándose que los modernos códigos de comercio no consagran un Derecho nuevo, sino que es el mismo Derecho consuetudinario, progresivamente estatalizado, en el que la Ley ocupa una posición preponderante en el sistema de fuentes.

²² Así, cuando en el art. 2 CCo. se dispone que “*los actos de comercio (...) se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio (...)*”.

Igualmente, cuando el art. 1.3 CC establece que “*la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable (...)*”; o, a continuación, cuando en el art. 1.4 CC se dice que “*los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre (...)*”.

²³ Este postulado es más evidente tratándose de principios generales del Derecho, que, a su función subsidiaria de fuente del Derecho, “*en defecto de ley o costumbre*”, se añade también otra función integradora del ordenamiento jurídico, pues inspiran el mismo (*carácter informador*).

jerarquía interna de las leyes; el sentido más correcto ha de ser el de ambos, por dos razones:

- 1) El Preámbulo de la Exposición de Motivos contenida en el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, en cuya virtud se sanciona el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, no lo aclara suficientemente²⁴.
- 2) En el antiguo art. 5 CC comprendía ambos sentidos, al establecer: “*Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores y no prevalecerán contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario*”. Tras la reforma de 1974, sólo se conserva el primer inciso en el art. 2.2 CC (“*Las leyes sólo se derogan por otras posteriores*”); pero, su relación con el art. 1.7 CC, que ordena a Jueces y Tribunales de atenerse “*al sistema de fuentes establecido*”, permite mantener la posición inicial.

Por otra parte, podemos apreciar que la *formulación técnica* del régimen jerárquico de fuentes en ambos cuerpos legales es diferente. Así, el Código de Comercio dedica expresamente, a tal fin, un único precepto, el art. 2 CCo. En cambio, en el Código Civil, la jerarquía de fuentes se deduce por la relación de los aps. 3 y 4 del art. 1, dedicados, respectivamente, al desarrollo de los requisitos de validez de la costumbre y al reconocimiento de la función subsidiaria y del carácter informador del ordenamiento jurídico de los principios generales del Derecho; pese a todo, es posible inducir, también, una cierta jerarquía de fuentes del Derecho en el mismo art. 1.1 CC, en el orden en el que están expresadas.

Descartada, por tanto, la existencia de especialidad alguna del Derecho mercantil en cuanto a la naturaleza y la jerarquía de las fuentes, se puede afirmar que la especialidad del Derecho mercantil en materia de fuentes jurídicas, como tendremos ocasión de comprobar, consiste en que el uso de comercio, al tenor del art. 2 CCo., se aplica, en defecto de ley mercantil (ya sea

²⁴ En él, se expone que “*la primacía de la ley resulta tanto de su proclamado valor de fuente de primer grado como de la declarada falta de validez de las disposiciones de rango inferior contradictorias con otras de rango superior*”. De forma que puede referirse tanto a la costumbre o los principios generales del Derecho, como al conjunto de disposiciones comprendidas en el concepto lato de “ley”.

ésta imperativa o dispositiva)²⁵, con preferencia a las leyes dispositivas del Derecho común²⁶. Esta regla se excepciona en materia contractual, en virtud del art. 50 CCo., en cuyo caso, en todo lo que no se halle expresamente establecido en el Código de Comercio o en Leyes mercantiles especiales, se regirá por las reglas generales del Derecho común; el silencio de este precepto a los usos de comercio plantea una polémica doctrinal en torno a la prevalencia o no de éstos, también, en materia contractual, con respecto al Derecho común.

Precisamente, el uso de comercio se contempla en el referido art. 2 CCo. como fuente, subsidiaria, de Derecho objetivo; esto es, como usos jurídicos o normativos, no meramente interpretativos²⁷, y equiparados a la costumbre, en virtud el art. 1.3 CC. A los usos interpretativos se refiere el Código de Comercio en el art. 57, cuando alude al sentido “*usual*” de las palabras dichas o escritas; de forma que estos usos cumplen una función integrativa de la voluntad contractual de las partes.

De otro lado, la inexistencia de una norma básica que, con rango de ley, discipline un importante sector de la contratación mercantil, como es el sector bancario, ha propiciado que el Derecho contractual bancario actual se construya, de forma incoherente, sobre la base de multitud de disposiciones administrativas y de la utilización de las, llamadas, condiciones generales, incorporadas a los documentos contractuales que las entidades de crédito presentan a la firma de sus clientes (contratos de adhesión). Ello justifica el análisis de las costumbres y usos bancarios como segunda fuente de este Derecho mercantil especial, que las partes intervinientes en una relación jurídico-mercantil, de carácter bancario,

²⁵ La Ley mercantil, referida tanto al Código de Comercio como a las leyes mercantiles especiales, es entendida, con URÍA, como el conjunto de “disposiciones emanadas del poder estatal que integran el ordenamiento jurídico-mercantil” (URÍA, R., *Derecho Mercantil*, cit., p. 18).

²⁶ Ello no es predicable respecto a las leyes imperativas, y, por tanto, existiendo una norma civil imperativa, ésta se aplicará con prioridad a los usos de comercio.

²⁷ No obstante, la Exposición de Motivos del Código de Comercio, cuando trata el tema de las “*Fuentes del Derecho Mercantil*”, se refiere sólo a los usos interpretativos. Pero hay que tener presente que mantener esto supone reducir el ámbito de aplicación de los usos de comercio al orden jurídico contractual, lo cual no puede disponerse en una Exposición de Motivos, que tiene un valor puramente programático-interpretativo, no imperativo, carácter éste que corresponde a la parte sustantiva de la Ley.

pueden alegar, en base al art. 2 CCo., y que, por remisión al art. 1.3 CC, como Derecho común, requieren que sean probados. En este sentido, esta tesis pretende concretar las costumbres y usos bancarios, como fuentes del Derecho, utilizándose fuentes de conocimiento doctrinales y jurisprudenciales, así como las Memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España y distintos impresos contractuales, que los hayan podido recoger. A tal fin, se aplicará el método técnico-jurídico, desarrollando la investigación científica en tres etapas: la fase interpretativa, la fase sistemática y la fase crítica.

La consideración de los usos bancarios como usos del comercio específicos del sector bancario justifica la necesidad del examen previo de los usos de comercio, en general. Lo que realizamos a continuación.

II.- TEORÍA DE LOS USOS EN EL DERECHO MERCANTIL.

A.- LOS USOS DE COMERCIO EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL.

a) El orden de prelación de fuentes.

Hemos visto que las fuentes del Derecho mercantil no presentan especialidades, en cuanto a su naturaleza y jerarquía, respecto al Derecho común²⁸. Sin embargo, en el art. 2 CCo. se establece un orden de prelación determinado; por lo que, como señala ALBERTO BERCOVITZ, hay que

²⁸ Del examen íntegro del art. 1 CC, en sus diferentes apartados, se deduce que, en el ámbito del Derecho común, se aplica primero la Ley, a continuación la costumbre y, por último, los principios generales del Derecho.

considerar cuáles son los efectos que tal orden de prelación comporta y el ámbito dentro del cual ese orden de prelación es aplicable²⁹.

Esta cuestión, decimos, se aborda en el art. 2 CCo., que dispone: “*Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común*”³⁰.

En efecto, este precepto, al referirse a los actos de comercio, expone dos cuestiones, aparentemente conexas entre sí, referidas a la especialidad o a la autonomía del Derecho mercantil³¹, respecto al Derecho Común, centrandó el debate en torno a la formulación o no de una doctrina propia de fuentes. Actualmente, la doctrina mayoritaria niega la existencia de fuentes mercantiles propias, tanto en lo referente a su naturaleza como a su jerarquía; reconociéndose en el art. 2 CCo., al declararse las fuentes jurídico-mercantiles, al Derecho mercantil como un Derecho especial, aunque entre los autores se valora de forma heterogénea al papel que desempeña el Derecho común en el

²⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil: Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*, 2ª. ed., Elcano, 2001, p. 105.

³⁰ Este precepto es novedoso respecto al Código de Comercio de 1829, que desconocía de una norma parecida, el cual establecía en el art. 234 que los actos mercantiles se regirían en primer lugar, “*por las disposiciones del derecho común con las modificaciones que establece la ley especial del comercio, y en segundo lugar, por el uso común o práctica observada en el comercio*”. Esta norma refleja la manifestación contenida en la Exposición de Motivos del Código de Comercio de 1885 vigente, de que en el anterior Código de Comercio se consideraba al Derecho Mercantil como un Derecho excepcional.

Por tanto, el cambio de criterio es sustancial, pues el nuevo Código de Comercio proclama al Derecho Mercantil como Derecho propio; reconociendo al Derecho (civil) común meramente su carácter supletorio respecto a la materia mercantil. Es, precisamente, la insuficiencia del Derecho común para regular el Derecho mercantil como Derecho especial, regulador de los actos de comercio, lo que justifica este cambio de orientación legal.

³¹ Sin embargo, SÁNCHEZ CALERO opina que: “Frente a la prelación general de fuentes establecidas por el Código civil (ley, costumbre y principios generales), en las relaciones mercantiles prevalece la costumbre o el uso mercantil sobre la ley común. Esta peculiaridad ha querido unirse a la *especialidad* o, según otros, a la *autonomía* del Derecho mercantil. Mas creemos que éstas son cuestiones que, aunque mantienen una cierta relación entre sí, son independientes”, pues el art. 2 CCo., que parte del Código alemán de 1861, “se debe tanto a que el legislador fue consciente de la importancia tradicional de las costumbres mercantiles como al reconocimiento de la deficiencia de su labor en la redacción de las leyes en el campo del Derecho privado (civil o mercantil)”. Y añade que esta norma desaparecerá, como sucede en algunos países (v.gr., Suiza e Italia) cuando la formulación legislativa del Derecho privado (civil o mercantil) se perfeccione, subsistiendo el Derecho mercantil (aun a pesar de que, además, éste pierda la autonomía legislativa por desaparecer el Código de comercio) (SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, cit., p. 33).

ámbito jurídico-mercantil, si bien es posible encontrar dos corrientes doctrinales:

- 1) Una de ellas, incide en que la expresión “*a falta de ambas reglas*”, contenida en el art. 2 CCo., establece la prevalencia del Derecho mercantil (integrado por la Ley mercantil y los usos de comercio, entendidos éstos como costumbres mercantiles) sobre el Derecho común en el ámbito material que le es propio, y que se formula dogmáticamente en la regla *lex specialis derogat generalis*³².
- 2) Otro grupo de autores destaca que el art. 2 CCo. instaura una prelación de fuentes determinada, de forma que en la regulación de la materia mercantil se aplica en primer lugar la ley mercantil³³, y, después, el uso de comercio observado generalmente en cada plaza; y, sólo “*a falta de ambas reglas*”, regirán las (reglas) propias del Derecho común³⁴. Ello representa, dicen, una

³² A este respecto, OLIVENCIA considera que: “La aspiración a una doctrina de las fuentes propias del Derecho mercantil fue una postura expresiva de los pronunciamientos autonomistas que pretendían la independencia de éste frente al común. Pero no existen, en realidad, ni fuentes propias del Derecho mercantil ni una jerarquía de las fuentes distinta de la establecida en el Derecho común. El art. 2º. CCo. no introduce una doctrina de fuentes, sino que trata de un tema distinto: la primacía del Derecho especial respecto del común en la regulación de la materia mercantil.” Y, añade, “se trata, pues, de una jerarquía de ordenamientos, conforme a la cual el especial precede al común. La aplicación preferente del Derecho mercantil no altera el régimen común de las fuentes: la ley mercantil precede a la costumbre (“usos mercantiles”)” (OLIVENCIA RUIZ, M., «Las fuentes...», cit., p. 46).

En esta misma línea, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y TORRES entiende que: “El art. 2 CCo. no puede interpretarse, en consecuencia, como continente de una doctrina propia de fuentes, sino como norma dirigida a ratificar la primacía de aplicación del Derecho especial sobre la materia que le es propia. El problema es, pues, no el de la jerarquía de fuentes, sino el de la jerarquía de conjuntos normativos, de disciplinas jurídicas: el Derecho mercantil, como Derecho especial de la materia mercantil, es de aplicación prioritaria en esa materia, y se manifiesta a través de las fuentes formales establecidas con carácter general: la ley y la costumbre; el Derecho civil, como Derecho común, se aplicará a la materia mercantil en defecto de disposiciones especiales para esa materia” (RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., «Fuentes del Derecho Mercantil», en *Lecciones de Derecho Mercantil* (coord. por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.), 8ª. ed., Madrid, 2003, p. 50).

³³ Entiéndase por Ley mercantil tanto al propio Código de Comercio como a las leyes mercantiles especiales.

³⁴ La aplicación del Derecho común en una materia mercantil determina que rija aquí la jerarquía de fuentes del derecho (común), establecida en el art. 1 CC (ley, costumbre y principios generales del Derecho). Pero, dada la especialidad establecida en el ámbito mercantil por el art. 2 CCo. [con las precisiones que haremos en el ap. II.-A.-a)], después de la ley mercantil y de la ley (civil) común imperativa y de los usos de comercio (con la observación de que éstos no pueden ser contrarios a ninguna ley imperativa, sea común o especial), se aplicarían la ley común dispositiva, la costumbre común y los principios generales del Derecho común (*vid.* ap. II.-G.-, en el tema de la subordinación de la costumbre a la Ley, y de la cuestión de la posible aplicación preferente de las costumbres y de los usos jurídicos a la ley dispositiva).

especialidad en nuestro Derecho mercantil, respecto a la teoría general de fuentes, que dicho sector ha querido vincular a la especialidad del Derecho mercantil³⁵.

Por nuestra parte, partimos de la consideración que hicimos anteriormente de que en el art. 2 CCo. se concretan en el ámbito mercantil dos cuestiones relevantes: 1) por un lado, las fuentes del Derecho mercantil, que son las mismas que en el resto del ordenamiento jurídico español; y 2) así como la función de supletoriedad del Derecho común, identificado éste con el Derecho Privado general contenido en el Código Civil. Por ello, estimamos, empero, que mantener posturas excluyentes entre sí, tomando partido por una u otra consideración doctrinal, no beneficia al propio Derecho mercantil, ya que ello supone realizar una interpretación parcial e incompleta del art. 2 CCo., en materia de *actos de comercio*, que se configuran como objeto de regulación específica. Esta interpretación del art. 2 CCo. es neutral, de forma que la proclamada autonomía o especialidad del Derecho Mercantil respecto del Derecho Común resulta robustecida, sin menoscabo de la supletoriedad de este Derecho. Ambos datos justifican la prevalencia de los usos de comercio sobre el Derecho Común³⁶; pero la alusión a él en el art. 2 CCo. no significa que se establezca como fuente del Derecho mercantil.

En cualquier caso, la formulación de las fuentes mercantiles realizada en el art. 2 CCo., está sometida a matizaciones, en nuestros días:

Reconociéndose, asimismo, el valor de los tratados internacionales, de aplicación directa cuando forman parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el BOE, y el de la jurisprudencia como complemento del ordenamiento jurídico.

³⁵ Así, para SÁNCHEZ CALERO: “Existe una especialidad en nuestro ordenamiento que hace que nos ocupemos de las fuentes del Derecho mercantil, y es que a las relaciones mercantiles se aplica en primer término la ley mercantil, y después, la costumbre mercantil, y a falta de ambas entra en juego el Derecho común (*vid.* art. 2 CCo.). Lo que quiere decir que, frente a la prelación general de fuentes establecidas por el Código civil (ley, costumbre y principios generales), en las relaciones mercantiles prevalece la costumbre o el uso mercantil sobre la ley común” (SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, cit., p. 33).

Por su parte, ALBERTO BERCOVITZ advierte que ello supone la alteración del orden general de prelación de fuentes establecido en el art. 1 CC, según el cual la ley se aplica siempre con preferencia a la costumbre (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes...*, cit., p. 106).

³⁶ Al respecto, debe recordarse que el Código de Comercio italiano de 1882 también establecía en el art. 1, al igual que nuestro art. 2, la prevalencia de los usos sobre el Derecho civil.

1) Por un lado, el ámbito material del Derecho mercantil se ha expandido considerablemente, de forma que hoy ya no se limita al propio del Código de Comercio, aunque establezca que “*los actos de comercio (...) se regirán por las disposiciones contenidas en él*”. Por tanto, esta referencia a las disposiciones del Código de Comercio debe entenderse sustituida hoy por el término de “*Ley mercantil*”³⁷, en donde el Código de Comercio se contempla, ciertamente, como la Ley mercantil más relevante, aunque no la única, ya que está complementado por multitud de *Leyes especiales*³⁸, que desempeñan un papel importante en la configuración del ordenamiento jurídico-mercantil, al colmar las propias insuficiencias del Código³⁹. Este hecho, junto a la permanencia de conceptos y

³⁷ La sustitución por la “Ley mercantil” resulta de la primacía de la Ley, como fuente del Derecho, lo cual es predicable de todo el sistema jurídico tal y como se desprende del art. 1, aps. 1 y 2, CC.

³⁸ Este fenómeno de sustitución del Código de Comercio por leyes especiales mercantiles en la reglamentación de materias, hasta entonces, por él reguladas, o bien que nunca lo fueron, ha sido denominado por la doctrina como “descodificación”. Ello es especialmente relevante en la legislación mercantil actual, como señala OLIVENCIA, cuya tendencia “se orienta hacia la promulgación de leyes especiales de nueva regulación, más que por la modificación del Código de Comercio”, de forma que “va dispersando en leyes especiales la necesaria reforma de nuestro Derecho” (OLIVENCIA RUIZ, M., «Las fuentes...», cit., p. 49).

Esta leyes especiales han surgido de la escisión de múltiples materias, originariamente reguladas por el Código (p.ej., las sociedades anónimas, bolsas de valores, contrato de seguro, letra de cambio, cheque y pagaré, y las suspensiones de pagos), o bien de la incorporación al Derecho mercantil de materias totalmente ajenas a la regulación del Código de Comercio (p.ej., propiedad industrial, Derecho del consumo y Derecho de la competencia).

Dichas normas especiales abarcan tanto las leyes formales, como las disposiciones legislativas dictadas por el Gobierno (Decretos-leyes y Decretos Legislativos), así como un conjunto de disposiciones reglamentarias, las cuales han de respetar los principios de competencia legislativa y de jerarquía normativa.

³⁹ Esta función de complemento del Código de Comercio por parte de las leyes especiales se realiza a través de varios mecanismos:

1) Desarrollo de materias contempladas en el Código, el cual se remite, asimismo, a las propias leyes mercantiles especiales [p.ej., el actual Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por R.D. 1784/1996, de 19 de julio (BOE núm. 184, del 31), y regulado en los arts. 16 a 24 CCo.].

2) Regulación de materias que, originaria o sobrevenida, no son reglamentadas por el mismo Código de Comercio, relativas a:

- Propiedad industrial [p.ej., la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (BOE núm. 294, del 8), que deroga expresamente la anterior Ley de Marcas, Ley 32/1988, de 10 de noviembre (BOE núm. 272, del 12)].
- Consumo, mercado y competencia.

Entre otras, podemos citar, respectivamente: Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 176, del 24, en adelante LGDCU); Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE núm. 15, del 17, corrección de erratas en BOE núm. 42, de 17 de febrero); y Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 170, del 18, entiéndase como LDC).

- Sociedades mercantiles [p.ej., el R.D.-Leg. 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el T.R. de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE núm. 310, del 27; c.e. en BOE núm.

normas que ya no responden a los supuestos que se desarrollan en la realidad práctica⁴⁰, explican la inadecuación del Código de Comercio vigente, de 1885, al sistema del Derecho mercantil español actual⁴¹, y la disminución sustancial en

28, de 1 de febrero de 1990); o la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE núm. 71, del 24, LSRL), que, a su vez, modifica el T.R. de la LSA de 1989].

- Títulos valores [así, Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (BOE núm. 172, del 19, c.e. en BOE núm. 249, de 17 de octubre, LC en lo sucesivo)]; y

- Contratación mercantil [p.ej., Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (BOE núm. 72, del 25, c.e. en BOE núm. 113, de 12 de mayo, LCC); o Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (BOE núm. 89, del 14, en adelante, LCGC)].

3) Modificación de determinados preceptos de nuestro Código, derogándolos implícitamente, en ocasiones [(sin carácter exhaustivo, podemos citar a la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades (BOE núm. 178, del 27), por la que se modifica los arts. 16 a 49, y da nueva redacción a los arts. 93, 122 y 151 a 157].

4) Derogación expresa de ciertos preceptos del Código de Comercio, a los que sustituye dichas leyes especiales. Así:

- Art. 13, ap. 1, que es derogado por la Ley 6/1984, de 31 de marzo (BOE núm. 80, de 3 de abril).

- Arts. 64 a 80 (relativos a las Bolsas de Comercio) y 100 a 105 (referidos a los Agentes Colegiados de Cambio y Bolsa), por la D.D. de la LMV de 1988.

- Arts. 123, 158 al 168, y 238, derogados por la Ley 19/1989.

- Arts. 380 al 438, por la LCS de 1980.

- Arts. 443 al 530 y 531 al 543, y 950, por la LC de 1985.

- Más recientemente, los arts. 376, y 870 a 941 (relativos a la suspensión de pagos y a la quiebra en general) han sido derogados por la D.D. Única, ap. 3, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164, del 10); esta D.D. Única, ap. 3, deroga, igualmente, el Libro IV (arts. 1001 a 1177) del Código de Comercio de 1829.

⁴⁰ Así, el Código continúa basándose aún en la noción de acto de comercio, cuando hoy hay una preponderancia del concepto de empresario mercantil. Sin embargo, URÍA niega que el Código de Comercio español sea netamente objetivo, pues existen elementos subjetivos, referidos en el art. 2 CCo. cuando alude a “los comerciantes y no comerciantes”, y en el articulado posterior, que permite definir al comerciante como persona que de modo habitual (reiterada y profesionalmente) se dedica al comercio (art. 1 CCo.), esto es como persona que ejercita una actividad económica constitutiva de empresa (URÍA, R., *Derecho Mercantil*, cit., pp. 19 y 20).

También existen preceptos que no se aplican (p.ej. las normas sobre bancos) o que resultan insuficientes para regular las situaciones presentes (p.ej. el comercio marítimo).

⁴¹ Al respecto, SÁNCHEZ CALERO señala que su insuficiencia viene dada no ya simplemente por sus defectos técnicos o lo exiguo de la regulación de las instituciones jurídico-mercantiles que contempla, sino sobre todo por el cambio de los presupuestos ideológicos sobre los que fue construido. Y añade: “El liberalismo individualista que repudiaba toda injerencia del Estado en la actividad económica, que dejaba la composición de los intereses en juego al arbitrio de las partes directamente interesadas, se ha visto superado por una valoración creciente de los intereses generales, a los que deben someterse los intereses particulares. Todo lo cual ha impuesto una participación más activa del Estado en la vida económica, que es dirigida por él” (SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, cit., p. 35).

Precisamente, la crisis de las ideas sobre las que se basó el sistema positivo del Derecho mercantil del siglo XIX (codificación y liberalismo económico) justifica, según OLIVENCIA, la abundancia de la legislación mercantil especial: “El Código deja de ser el cuerpo legal ordenador y sistematizador del conjunto del sistema, porque su contenido va trasvasándose a

su importancia relativa actual, pues ya no posee el carácter globalizador de la materia mercantil, que tenía atribuido originariamente⁴².

2) Por otra parte, si bien la jerarquía de fuentes establecida en el art. 2, párr. 1º., del CCo. está referida a los “*actos de comercio*”⁴³, la vaguedad del término, acentuado por el tenor literal del art. 2, párr. 2º., del CCo. (en su virtud, “*serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga*”) induce a la doctrina a extender el ámbito de este precepto a todas las materias del Derecho mercantil⁴⁴. Por tanto, el referido orden de prelación de fuentes establecido en el art. 2, párr. 1º., del CCo. (esto es, en primer lugar la ley, a continuación los usos de comercio, y, a falta de ambos, las reglas del Derecho común) también resulta aplicable a los

leyes especiales desde las que se aborda la nueva regulación; la ideología liberal ha quedado superada por postulados socializadores que imponen la mayor intervención del Estado en la economía y el respeto de intereses generales a los que deben someterse los particulares” (OLIVENCIA RUIZ, M., «Las fuentes...», cit., p. 49).

⁴² Pese a todo ello, el Código de Comercio conserva su carácter básico y fundamental del Derecho mercantil, como se puede apreciar en la noción de acto de comercio, el orden de prelación de fuentes establecido en su art. 2 o en las mismas materias, por él, reguladas, que permanecen vigentes tras más de un siglo de existencia. No obstante, se hace necesaria una destacada y completa reforma del mismo, pese a los múltiples intentos, de ámbito reducido, en este sentido (p.ej. los arts. 4 a 12, 16 a 49, 122, 151 a 157, 320 a 324, etc.), motivados por el convencimiento continuo de su insuficiencia. De forma que, con ello, la primera y fundamental ley mercantil resulte adecuada a los requerimientos del tráfico jurídico-mercantil actual.

⁴³ En su Exposición de Motivos, de gran extensión, se alude, cuando se refiere a los “*Actos de Comercio*”, a que el Código de Comercio se fija “*principalmente en la naturaleza de los actos o contratos, para atribuirles o no la calificación de mercantiles, con independencia de las personas que en ellos intervienen, sin limitar su número a los que taxativamente ha consignado el legislador en el Código*”.

Esto es, se decanta por la concepción objetiva del Derecho mercantil, en la que se ignora el autor del acto de comercio. Sin embargo, esa pretensión ha sido inútil, por varias razones:

1) Porque no ha sido posible delimitar el concepto de acto de comercio objetivo, pese a los esfuerzos doctrinales en ese sentido, ya que el art. 2 CCo. no lo aclara.

2) Porque, si bien el art. 2 CCo. admite la posibilidad de actos de comercio realizados por no comerciantes, en los artículos posteriores exige la participación de, al menos, un comerciante en casi todos los contratos, para que éstos puedan ser considerados mercantiles [p.ej. arts. 239 (cuentas en participación), 244 (comisión mercantil), 303 (depósito mercantil), 311 (préstamo mercantil), 349 (transporte terrestre)].

⁴⁴ Así, según VICENT CHULIÁ, “los «*actos de comercio*» incluyen todas las relaciones mercantiles (actos jurídicos, actividades y negocios jurídicos) y no sólo los «*contratos*»”, y añade que el art. 50 CCo. exige la aplicación integradora del Derecho común a los contratos mercantiles (VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, cit., p. 68).

actos de comercio por analogía⁴⁵, cuyos supuestos son regulados por Leyes especiales (p.ej. en la LCA), y no por el Código de Comercio.

b) El uso de comercio y el Derecho Común.

a') *Nota preliminar.*

Del tenor literal del art. 2 CCo. se desprenden dos conclusiones:

- 1) Por un lado, como hemos visto, en la regulación de una materia mercantil, el uso de comercio (concebido como costumbre específica del ámbito mercantil) se aplica, en defecto de ley mercantil, con carácter preferente sobre la ley común *dispositiva*, lo que se justifica por la relevancia de los usos de comercio en el Derecho mercantil tradicional; esta afirmación hay que matizarla, como examinaremos en el ap. II.-A.-b)d'), en el ámbito contractual mercantil, en el sentido que establece el art. 50 CCo. En cualquier caso, el uso de comercio no puede ser contrario a la ley imperativa, y, en consecuencia, no puede aplicarse con preferencia a una norma civil imperativa, preexistente o sobrevenida (en ambos supuestos, entendemos, el uso de comercio devendría ilegal, siendo sustituido en su aplicabilidad por la ley civil imperativa aprobada).
- 2) De otro lado, el Derecho común tiene asignada legalmente (en virtud del art. 2 CCo.), en el ámbito mercantil, la función de servir como Derecho *supletorio*, a todos los actos de comercio; siendo de aplicación general, por tanto, a la materia mercantil, a falta de fuentes específicas, como son la ley mercantil y el uso de comercio, en un caso concreto.

⁴⁵ Para ALBERTO BERCOVITZ, esa analogía debe entenderse como una analogía en sentido socioeconómico. E incluye, entre estos actos de comercio por analogía, también ciertos contratos (p.ej. contratos de licencia, de ingeniería, de edición, de representación teatral, de exposición, etc.) vinculados a determinadas materias (propiedad industrial y derecho de autor), que, en principio, han surgido fuera del ámbito del Código de Comercio y de la doctrina de los actos de comercio, siendo reguladas por el Derecho común; y, por tanto, en ellas rige el orden establecido en el art. 1 CC, y no en el art. 2 CCo. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes...*, cit., pp. 105 y 107).

Ambas conclusiones ponen de manifiesto la eficacia del Derecho Común en el ámbito mercantil. Lo que justifica que, con carácter previo, se proceda a delimitar conceptualmente el término “Derecho Común”⁴⁶, realizando una labor interpretativa del sentido que se le atribuye en el ámbito legislativo (en los Códigos de Comercio de 1829 y 1885, y en el Código Civil de 1889), pues es un término cuyo significado ha variado a lo largo de la historia.

b’) Sentidos del término “Derecho Común”.

a”) Antecedentes históricos.

Un primer significado del término “Derecho común” lo aportan los juristas medievales, que diferencian entre *ius commune* y *ius singulare*; esto es, entre un conjunto de reglas generales, aplicables en situaciones normales, y otro conjunto de reglas particulares, reguladoras de personas, supuestos o situaciones

⁴⁶ Sin embargo, para CORTÉS DOMÍNGUEZ es conveniente entender que “las reglas generales del Derecho común” son más *elementos integrantes* que *normas supletorias* de la ley mercantil (CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. F., «Reflexiones...», cit., p. 498); y alude al pfr. GARRIGUES, quien ha llamado la atención sobre la existencia de lagunas *necesarias* en el Derecho mercantil, de normas que por la propia naturaleza fragmentaria de este sector del ordenamiento son necesariamente incompletas (GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 7ª. ed., Madrid, 1976, p. 135).

Para SÁNCHEZ CALERO, la referencia al “Derecho común” debe entenderse, tanto en el art. 2 como en el 50 CCo., como equivalente al Código civil; y considera que el Derecho común, aun enunciado en el art. 2 CCo., no es fuente del Derecho mercantil, por ser éste un Derecho especial. Según él: “Esa referencia pone más bien de manifiesto la vinculación estrecha del Derecho mercantil y el civil. Mientras éste es el Derecho privado general, o común, aquél es el Derecho especial de los empresarios” (SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, cit., p. 34).

También para OLIVENCIA, “la correcta aplicación del art. 2º. CCo. lleva a la conclusión de que el Derecho común no tiene el carácter de fuente del Derecho mercantil”; y, añade, que “más que del Derecho común como supletorio del mercantil, podría decirse que éste, como especial, se aplica prioritariamente cuando contiene normas específicas diversas de las comunes” (OLIVENCIA RUIZ, M., «Las fuentes...», cit., p. 52).

En igual sentido, para URÍA, la alusión, en el referido precepto, al Derecho común no quiere decir que éste sea fuente del Derecho mercantil. Este autor se refiere, al respecto, en los siguientes términos: “Las reglas civiles no constituyen nunca una manifestación de Derecho mercantil, o sólo se aplicarán a los actos de comercio con carácter subsidiario o supletorio y en defecto de normas mercantiles legales o consuetudinarias. Las normas mercantiles prevalecen sobre las civiles en la regulación de los conflictos de carácter mercantil” (URÍA, R., *Derecho Mercantil*, cit., p. 18).

especiales. Considerándose que las reglas del *Corpus iuris* son constitutivas del *ius commune*, que se configura, así, como Derecho general, racional y supletorio, respecto de los Derechos particulares o especiales de determinados territorios, clases sociales o personas, de carácter privilegiado.

Durante el Renacimiento, el sentido de Derecho Común se atribuye al Derecho Regio, en cuanto a su carácter general y racional, que se concibe como Derecho común del Reino. Este Derecho Real se diferencia de aquel otro que conserva el antiguo carácter local o privilegiado (*ius municipale, ius speciale*), que coexiste en el Reino⁴⁷. En esta época histórica, el Derecho Romano pierde su viejo carácter de Derecho común, considerándose como un Derecho extranjero, carente de fuerza vinculante para los súbditos del Rey.

Este criterio del Derecho común se fortalece durante el s. XVIII; potenciándose, en detrimento paulatino del Derecho romano, la valoración de las Partidas, que se consideran como la mejor expresión de la razón jurídica; y, en consecuencia, se le atribuye la condición de Derecho común en todos los Reinos de España. Esta consideración se extiende a los textos de la *Nueva Recopilación de las leyes de España*, de 1723 (fecha a partir de la cual se añadió al texto originario de 1567 un apéndice con los *Autos acordados del Consejo*), que, con las Partidas, han conformado lo que se ha venido en llamar como “Derecho Patrio”⁴⁸. Por tanto, ahora, al conocido, desde tiempo atrás, como “Derecho civil llamado de Castilla” (por haber dejado de ser exclusivo del reino castellano) se le atribuye un doble carácter, nacido del uso y la práctica, y reconocido en el Derecho positivo establecido en la *Novísima Recopilación de las leyes de España*, de 1805⁴⁹: 1) por una parte, se le considera como Derecho común de los territorios con Derecho foral o local, tanto de Castilla como de los

⁴⁷ Vid. HERNÁNDEZ GIL, A., «Del Derecho romano como Derecho civil al Derecho civil como Derecho privado», en *Estudios en honor del profesor Castán*, IV, Universidad de Navarra, 1969, pp. 347 y 348.

⁴⁸ Vid. DE CASTRO, F., «El término Derecho común en el Código de Comercio», en *ADC*, t. XXII-Fasc. 4, 1969, pp. 843 y 844.

⁴⁹ La Novísima Recopilación, en el Título segundo (“*De las leyes*”) del Libro tercero, otorga eficacia general a la Ley 1ª. de Toro; estableciéndose, en la Ley 3 (denominada “*Orden de las Leyes y Fueros que se han de observar para la decisión de los pleitos*”), el orden jerárquico general de las fuentes jurídicas (Nov. 3; 2; 3).

demás reinos; y 2) asimismo, se le asigna el significado de Derecho supletorio general en todo el territorio español.

Este doble carácter también se contempla en los Fueros Provinciales, los cuales se reconocen como Derechos particulares, comprendidos en la referencia a los Fueros, en la Novísima Recopilación (en el Título tercero del Libro tercero, y en los Títulos séptimo, octavo, noveno y décimo del Libro quinto). Lo que implica que, como tales fueros, gocen de una condición jurídica privilegiada, y que, en caso de insuficiencia, resulten completados por el Derecho civil de Castilla, como Derecho común.

b") Los Códigos de Comercio de 1829 y 1885.

En el Código de Comercio de 1829 (*vid.* arts. 234, 263 y 581)⁵⁰, se acoge esta consideración del “Derecho Común” como “Derecho civil llamado de Castilla”. Lo cual se explica por el anhelo, expresado en el propio Código de Comercio, de la uniformidad jurídica del Derecho mercantil (movimiento impulsado por los comerciantes y los juristas, y por el ejemplo extranjero); y por razones de racionalización y simplificación de la regulación jurídica del comercio. La misma práctica comercial y la jurisdicción mercantil ya estaban aplicando en el ámbito mercantil las normas del Derecho común, junto a las Ordenanzas consulares. Ello supone la derogación, a la entrada en vigor del Código de Comercio de 1829, de cualquier disposición especial (incluido todo fuero provincial o local) o privilegio existente, en materia mercantil, relativa a la

⁵⁰ El contenido de dichos preceptos es el siguiente:

- Art. 234: “*Los contratos ordinarios de comercio están sujetos a todas las reglas generales que prescribe el Derecho común sobre capacidad de los contrayentes y demás requisitos que deben intervenir en la formación de los contratos en general, así como las excepciones que impiden su ejecución y causas que los rescinden e invalidan, bajo la modificación y restricciones que establecen las Leyes especiales de comercio*”.

- Art. 263: “*Las obligaciones mercantiles se extinguen por los modos prescritos en el Derecho común sobre los contratos en general, salvo las disposiciones especiales, que para casos determinados se dan en este Código*”.

- Art. 581: “*Las acciones que por las leyes del comercio no tengan un plazo determinado para deducirlas en juicio, prescriben en el tiempo que corresponda, atendida su naturaleza, según las disposiciones del Derecho común*”.

capacidad de los contratantes, los requisitos para la formación de los contratos, causas de invalidez, rescisión y extinción de los contratos. Materias, éstas, que serán reguladas por lo dispuesto en el Código de Comercio; y, en su defecto, por “*las reglas generales que prescribe el Derecho común*”, expresión contenida en el mencionado art. 234 CCo. de 1829, que se recogerá en el art. 50 CCo. de 1885, cuando establece que: “*Los contratos mercantiles (...) se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales por las reglas generales del Derecho común*”.

El nuevo Código de Comercio de 1885 también hace alusión, en multitud de ocasiones (con más profusión, incluso, que el de 1829), al término “Derecho común” (*vid.* los arts. 2, 50, 89, 310, 579.4º., 943)⁵¹. La doctrina siempre ha considerado que el Código de 1885 ha seguido utilizando dicho término con el mismo sentido técnico que le atribuyera el Código de 1829, esto es como “Derecho civil llamado de Castilla”. Sin embargo, más recientemente (a propósito de la STS de 28-6-1968)⁵², se afirma que comprende éste y también

⁵¹ Asimismo, aparece en los antiguos arts. 466 y 532 CCo., derogados por la D.D. de la LC de 1985.

El tenor del antiguo art. 466 CCo. era: “*No podrán endosarse las letras no expedidas a la orden, ni las vencidas y perjudicadas. Será lícita la transmisión de su propiedad por los medios reconocidos en el derecho común; y si, no obstante, se hiciere el endoso, no tendrá éste otra fuerza que la de una simple cesión.*”

Por su parte, el art. 532 CCo. se expresaba así: “*Las libranzas a la orden entre comerciantes, y los vales o pagarés, también a la orden, que procedan de operaciones de comercio, producirán las mismas obligaciones y efectos que las letras de cambio, excepto en la aceptación, que es privativa de éstas. Los vales o pagarés que no estén expedidos a la orden, se reputarán simples promesas de pago, sujetas al derecho común o al mercantil, según su naturaleza, salvo lo dispuesto en el Título siguiente*”.

⁵² En la STS de 28-6-1968 (RJ 1968\3607) se sostiene que en el concepto de Derecho común se incluye también el foral, en cuanto contenga modificaciones del Código Civil en la formulación de los principios fundamentales de la contratación (Cdo. 4º.). Sin embargo, hay que tener presente que esta sentencia fue dictada con anterioridad a la aprobación del art. 4.3 CC, precepto introducido por la reforma del Título Preliminar de 1974, y que constituye una sentencia aislada, que no forma doctrina jurisprudencial.

La mencionada sentencia fue objeto de un especial estudio por la doctrina de la época en que fue dictada, a propósito de la casación efectuada por el Tribunal Supremo a la sentencia de primera instancia, por inaplicación del art. 322, párr. 1º., de la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña. *Vid.*, particularmente, DÍEZ DEL CORRAL, J., «El Derecho Foral como supletorio del Derecho Mercantil (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968)», en *ADC*, t. XXII-Fasc. 3, 1969, pp. 692 y ss.; e, igualmente, DE CASTRO, F., «El término...», *cit.*, pp. 839 y ss.

las disposiciones civiles contenidas en los fueros provinciales y locales; y que, por tanto, el sentido que le asigna el Código de Comercio de 1885 es distinto al de 1829, argumentándose, principalmente:

- 1) La autorización del R.D. de 2-2-1880, que permite la intervención oficial a los representantes forales en la Comisión de Códigos; y
- 2) La utilización como sinónimos de los términos “Derecho civil” y “Derecho común”, en la Exposición de Motivos del Código de Comercio⁵³.

El pfr. CASTRO no es partidario de esta argumentación, pues supondría revitalizar ciertas normas forales, derogadas en 1829, y la correlativa derogación de las disposiciones del “Derecho llamado de Castilla” (antiguo Derecho común) para que dejen de aplicarse en el ámbito mercantil; y, como consecuencia, precisa, “se abandonaría la finalidad uniformadora de la legislación mercantil”⁵⁴.

Más concretamente, en cuanto a la segunda afirmación, es preciso hacer un par de matizaciones:

- 1) Efectivamente, en la Exposición de Motivos se identifica ambos términos, *pero* en el sentido expuesto en el Código de Comercio de 1829 respecto al

En el ámbito mercantil, RUBIO, haciéndose eco de un amplio sector doctrinal y jurisprudencial, es partidario de que “el Derecho común a que se refiere tanto este artículo 2º. como el 50 del Código vigente, es el Derecho común en sentido estricto, con exclusión de los Derechos regionales”, y menciona, entre otros autores, a: BLANCO CONSTANS; ÁLVAREZ DEL MANZANO, BONILLA Y MIÑANA; LANGLE; MARÍN LÁZARO; GONZÁLEZ ORDÓÑEZ (RUBIO, J., *Introducción al Derecho Mercantil*, Barcelona, 1969, p. 400).

Igualmente, el insigne foralista BORRELL Y SOLER, que tuvo una gran participación en el Proyecto de Compilación catalana, alude continuamente al art. 16 CC (actual art. 4.3 CC, tras la reforma del Título Preliminar), y señala al Código Civil como Derecho supletorio en cuestiones comerciales, excluyendo de este ámbito a las disposiciones forales (BORRELL Y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, t. I, 2ª. ed., 1944, p. 299).

VICENTE Y GELLA discrepa de la anterior *opinio communis*, y considera que el Derecho común a que se refiere el art. 2 CCo. es el Código Civil, “porque aquí está llamado como Derecho supletorio”, mientras que en el art. 50 CCo. “tiene que ser el Derecho foral cuando se trate de actos celebrados en provincias de esta legislación o de capacidad de un contratante sujeto a la misma” (VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho mercantil comparado*, Zaragoza, 1963, p. 66).

Por nuestra parte, consideramos que es la propia remisión de los arts. 2 y 50 CCo. al Derecho común la que determina la aplicación del Código Civil como Derecho supletorio, que sirve de complemento al propio Código de Comercio. Pero el sistema de fuentes establecido en ambos preceptos no puede ser alterado, en ningún caso, por el que rija en las Compilaciones de Derecho civil, rompiendo su uniformidad, en materia mercantil, por una pluralidad de legislaciones civiles especiales.

⁵³ Vid., DÍEZ DEL CORRAL, J., «El Derecho Foral...», cit., pp. 692 y ss.

⁵⁴ DE CASTRO, F., «El término...», cit., p. 848.

término “Derecho común”, ya que no se desprende otro significado en el nuevo Código de Comercio de 1885, que hubiera producido confusión en el lenguaje jurídico, pues aquél era el usado habitualmente.

2) También hay que tener presente que, en la Exposición de Motivos, el Derecho mercantil se contrapone, como Ley especial, al Derecho civil o común, que se considera como supletorio de todas las leyes especiales⁵⁵. Pero en la Exposición de Motivos no se define el Derecho supletorio de la legislación mercantil, pues se entiende que lo constituiría el proyectado Código Civil, como Derecho común, sucesor del “Derecho civil de Castilla”⁵⁶, y aplicable, por tanto, en este territorio y en el resto de regiones forales. Razones de uniformidad jurídica justifican que, en el ámbito comercial, se aplique, con carácter supletorio, el Derecho Civil, como Derecho común en todo el territorio español, y, consecuentemente, en las propias regiones forales⁵⁷.

c”) *El Código Civil de 1889.*

En cuanto al significado que el Código Civil atribuye al término “Derecho Común”, hay que partir del originario art. 12 CC (conforme al art. 5 de la Ley

⁵⁵ Así, se declara en el ap. “*Contratos mercantiles en general*”, dentro del Libro I (denominado “*Orientación general del Proyecto*”) de la Exposición de Motivos: “*Partiendo del concepto fundamental arriba expresado, según el que el Derecho mercantil es uno de los varios Derechos particulares o especiales, que, como todos los demás, reconoce su origen común en un **Derecho privado general**, el Proyecto declara que los contratos mercantiles se regirán, en todo lo concerniente a los requisitos necesarios para su validez, capacidad de los contrayentes, modificaciones o novaciones, excepciones, interpretación y extinción por lo dispuesto en el Código o en leyes especiales, aplicándose en todo lo que no se halle expresamente estatuido en éstas o en aquél, las reglas del **Derecho Civil o común***”.

⁵⁶ El art. 14 del Proyecto de Código Civil establecía: “*Las disposiciones de este Código se aplicarán a los asuntos que se rigen por leyes especiales en los casos en que éstas no contengan disposiciones aplicables a ellos*”.

Actualmente, tras la reforma del Título Preliminar del Código Civil, en 1974, la función de supletoriedad del Derecho Común se establece en el art. 4.3 CC.

⁵⁷ En este sentido, se afirma que: “El tráfico mercantil requiere por su naturaleza un Derecho uniforme para toda la Nación (...). Sería el mayor de los anacronismos llevar la diversidad legislativa, dentro de las fronteras españolas, al régimen jurídico de los actos de comercio” (GARCÍA ORDÓÑEZ, *Fundamentos de Derecho Mercantil*, t. I, 1956, pp. 48 y 49).

de Bases de 11 de mayo de 1888), en donde se dispone que el Código Civil no afectará a los Derechos forales⁵⁸.

En cambio, el art. 1976 CC, en la 1ª. ed., deroga las disposiciones que “constituyen el llamado Derecho civil de Castilla” (las Partidas, la Novísima Recopilación), que es sustituido por las disposiciones del Código, como Derecho civil común; en la 2ª. edición, el texto definitivo establece la derogación de “*todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común*”. Lo que representa la identificación del Derecho común anterior con el Derecho civil de Castilla; y su sustitución por el Código Civil,

⁵⁸ El art. 5 de la Ley de Bases de 1888 establece la conservación íntegra “*por ahora*” de los Derechos forales en “*las provincias y territorios en que subsiste*”. En estos territorios forales, continúa el precepto, el Código Civil “*regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales*” (ello se plasmó en el antiguo art. 12 CC, actual art. 13 CC, tras la reforma de 1974); este dato tendrá importantes consecuencias jurídicas en el sistema de fuentes jurídicas, como veremos en el núm. Marginal 100.

Ordenándose, asimismo, en el art. 6 de la Ley de Bases, que se recogiesen los Apéndices del Código Civil, “*en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar*”; proceso que concluyó en la aprobación de las distintas Compilaciones de Derecho Civil especial o foral (el término “*foral*” sólo se recogió en la “Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava” de 1959, sustituida en 1992 por el titulado “Derecho Civil Foral del País Vasco”, y en la Compilación de Navarra de 1973).

Particularmente, se han elaborado las siguientes Compilaciones de Derecho Foral (la última, la de Navarra, en 1973, un año antes de la reforma del Título Preliminar del Código Civil):

- ARAGÓN: Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho Civil de Aragón (BOE núm. 86, del 11; rect. en BOE núm. 92, del 18).
- BALEARES: Ley 5/1961, de 19 de abril, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares (BOE núm. 95, del 21; rect. en BOE núm. 102, del 29)]. Siendo sustituida por el D.-Leg. 79/1990, de 6 de septiembre, de la Conselleria Adjunta a la Presidencia, por el que se aprueba el T.R. de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares (B.O. de les Illes Balears núm. 120, de 2 de octubre; c.e. en B.O. de les Illes Balears núm. 36, de 21 de marzo de 1991, en castellano).
- CATALUÑA: Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña (BOE núm. 175, del 22)]. Esta Ley ha sido sustituida por el D.-Leg. 1/1984, de 19 de julio, de la Presidencia de la Generalidad de Cataluña, por el que se aprueba el T.R. de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña (D.O. de la Generalitat de Catalunya núm. 456, del 27; rect. en D.O. de la Generalitat de Catalunya núm. 494, de 14 de diciembre, en castellano).
- GALICIA: Ley 147/1963, de 2 de diciembre, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia (BOE núm. 291, del 5). Siendo derogada por la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de la Presidencia de la Junta de Galicia, sobre Derecho Civil de Galicia (DOG núm. 107, de 6 de junio; BOE núm. 152, de 27 de junio).
- NAVARRA: Ley 1/1973, de 1 de marzo, sobre Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE núms. 57 a 63, correspondientes a los días 7 a 10 y 12 a 14 de marzo; c.e. en BOE núm. 129, de 30 de mayo de 1974).
- PAÍS VASCO: Ley de 30 de julio de 1959, sobre Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava (BOE núm.182, del 31). Fue derogada por la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, por la que se aprueba el Derecho Civil Foral del País Vasco (B.O. del País Vasco núm. 153, de 7 de agosto).

que se aprueba con el carácter de nuevo Derecho común, en tal condición. Este carácter se confirma en el antiguo art. 16 CC (actual art. 4.3 CC, tras la reforma de 1974), en donde se establecía la supletoriedad de las disposiciones del Código en las materias regidas por otras leyes⁵⁹.

En el ámbito mercantil, el cambio experimentado, en este punto, en la legislación civil afecta al mismo significado que el Código de Comercio de 1885 había atribuido al “Derecho común”, pues los redactores del Código mercantil, como se refleja en su Exposición de Motivos, concebían el Derecho común como el Derecho privado general que se contendría en el proyectado Código Civil; logrando, entendían, la uniformidad jurídica, especialmente en materia de contratación, eliminando las viejas restricciones de la capacidad de contratar. Esta es la opinión del pfr. DE CASTRO⁶⁰, que compartimos; pero hay que tener en cuenta que, entre las fechas en que entraron en vigor el nuevo Código de Comercio de 1885 y el Código Civil de 1889 (esto es, entre los días 1 de enero de 1886 y 1 de mayo de 1889)⁶¹, se estuvo aplicando el “Derecho civil llamado de Castilla” como Derecho común (contenido en las Partidas y la Novísima Recopilación), que queda derogado con la entrada en vigor del Código Civil.

c’) La función de supletoriedad del Derecho Común.

a”) El Derecho Común y el Derecho Privado general.

La función de supletoriedad del Derecho común (a la que hemos hecho referencia anteriormente, del examen del art. 2 CCo.) se desprende, además del

⁵⁹ Su tenor literal decía: “*En las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código*”.

⁶⁰ DE CASTRO, F., «El término...», cit., pp. 852 y 853.

⁶¹ En esta fecha comenzó a regir la 1ª. edición del Código Civil, tras la prórroga, establecida por el R.D. de 11 de febrero de 1889 (Gaceta núm. 43, del 12), del plazo de 60 días establecido en el art. 3º. de la Ley de Bases para que comenzara a regir el Código Civil como ley, y, en cuya virtud, se publicó en la Gaceta de Madrid por el R.D. de 6 de octubre de 1888.

La 2ª. edición del Código Civil entró en vigor el día 27 de julio de 1889, tras promulgarse tres días antes, mediante Real Decreto.

art. 2 CCo., del propio contenido del art. 4.3 CC, cuando este precepto dispone que “*las disposiciones de este Código se aplicarán como **supletorias** en las materias regidas por otras leyes*”. El carácter supletorio se predica, junto a la analogía, ambos, como elementos de integración de eventuales lagunas legales, pues, como se postula en la Exposición de Motivos de la reforma del Título Preliminar del Código Civil: “*La formulación de un sistema de fuentes implica la exclusión de las lagunas del derecho. No ocurre otro tanto con las llamadas lagunas de la ley, que puedan darse, siendo el medio idóneo y más inmediato de salvarlas la investigación analógica (...). El otro procedimiento integrador está constituido por el derecho supletorio, función que, siguiendo la línea del anterior artículo 16, corresponde al Código Civil*”.

De lo expuesto, se desprende la identificación del Derecho común con el Derecho Privado *general* contenido en el Código Civil, como sostiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶² y la doctrina científica⁶³, cuando el art. 4.3 CC establece que “*las disposiciones de este Código se aplicarán como **supletorias en las materias regidas por otras leyes***”. En último término, la supletoriedad del Derecho Civil, como Derecho Común, se justifica por la separación en su seno, de multitud de Derechos especiales, diferenciados por su ámbito particular de aplicación (p.ej. Derecho laboral, agrario, etc.); fenómeno que se produce en la Modernidad, caracterizada por la estatalización del Derecho y la codificación jurídica.

Por tanto, la expresión “*Derecho Común*” alude: 1) al ordenamiento jurídico-privado, de carácter general, que representa el Código Civil; y 2) al mismo tiempo, al Derecho civil de aplicación en todo el territorio español,

⁶² Así, entre otras, la STS de 18-3-1911, y, más recientemente, la STS (Sala de lo Civil), de 21-7-1993 (Recurso núm. 197/1991) (RJ 1993\6178), F.D.2º. *Vid.*, también, la STS (Sala de lo Civil), de 8-4-1994 (Recurso núm. 1415/1991) (RJ 1994\2733), F.D.2º., en donde se manifiesta que el derecho común es “*el derecho privado general (civil), del que el mercantil es mera especialidad*”.

⁶³ OLIVENCIA afirma que la referencia al Derecho común en los arts. 2 y 50 CCo. se entiende hecha al Derecho civil común, cuyas disposiciones tendrán aplicación general y directa en toda España, no a los Derechos (civiles) especiales o forales (*vid.* art. 13 CC) (OLIVENCIA RUIZ, M., «Las fuentes...», cit., p. 52).

excluyéndose en el término “Derecho común” al Derecho particular de las regiones forales (cfr. los arts. 13 y 14 CC)⁶⁴.

En este último sentido, conforme al art. 14.1 CC (según el cual “*la sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil*”), incluido en el Capítulo V del Título Preliminar (denominado “*Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional*”), la expresión genéricamente aceptada de “Derecho Común” ha de entenderse referida exclusivamente al Derecho Civil [como “Derecho (civil) común”], de aplicación general y directa en toda España; pero no a la totalidad del ordenamiento jurídico, integrado por un conjunto de ramas jurídicas de Derecho público y privado.

Por otra parte, la expresión “*las disposiciones de este Código*”, que se recoge en el art. 4.3 CC, y que sirve de fundamento a la supletoriedad del Código Civil, consideramos, se refiere al conjunto de normas que forman el contenido de este cuerpo legal, excepción hecha a los Capítulos I, II y III del Título Preliminar (en cuanto que éstos resultan aplicables a la totalidad del ordenamiento jurídico); excepción, igualmente aplicable, al Capítulo IV (relativo a las “*normas de Derecho Internacional Privado*”), merecedor, como veremos, de regulación específica.

Resulta criticable que esta función de supletoriedad se reconozca al Derecho Privado general, identificado con el Derecho (civil) común, pues tiene transcendencia incluso en el ámbito del Derecho Público⁶⁵, ya que la expresión

⁶⁴ Vid. el núm. Marginal 52.

⁶⁵ Piénsese, p.ej., en el ámbito del Derecho Administrativo, en el que la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992 se configura como el Derecho Común de las Administraciones Públicas (cfr. su art. 1, que, denominándose “*Objeto de la Ley*”, dispone: “*La presente Ley establece y regula las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, siendo aplicable a todas ellas*”. Esta Ley silencia el tema del sistema de las fuentes del Derecho Administrativo, rigiendo el proclamado, con carácter general, en el art. 1 CC. Por otra parte, un ejemplo de la supletoriedad del Código Civil en el ámbito administrativo lo podemos encontrar en materia de contratación.

Asimismo, resulta poco comprensible que los arts. 4.2 (que se establece junto al art. 4.1, que contempla la aplicación analógica de las normas, y el art. 4.3, en donde se declara la supletoriedad del Código Civil) y 8 CC (en materia de Derecho Internacional Privado) hagan

“en las materias regidas por *otras leyes*” del art. 4.3 CC no hace distinción. La supletoriedad del Derecho Privado general tiene una especial relevancia en nuestros días, teniendo en cuenta el creciente protagonismo del Derecho Público, que, en multitud de casos, convive con el Derecho Privado (p.ej., en materia de consumidores, es destacada la intervención administrativa en cuanto a la ordenación de la actividad comercial de que se trate, así como a los procedimientos de inspección y sanción de la misma).

b”) Examen crítico del Título Preliminar del Código Civil.

a” ’) Premisa.

Inciendo en el anterior punto, un examen detenido del Título Preliminar del Código Civil (denominado “*De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia*”)⁶⁶, vigente tras la reforma de 1974⁶⁷, en donde está inserto el

una mención expresa a las leyes penales, en un Código Civil, que se constituye con la pretensión de contener el Derecho Privado general. *Vid.*, en este punto a RUIZ VADILLO, quien, negando que el Título Preliminar del Código Civil tenga un valor general y extensible a todo el Derecho positivo, ya sostenía que “la consideración de la analogía en el título preliminar, a nivel de Derecho penal, no me parece acertada. Una cosa es que el legislador –y el Juez– no pierdan de vista la sustancial unidad del Derecho (...) y otra que se pueda crear una teoría general que englobe todas sus partes” (RUIZ VADILLO, E., «Algunas ideas... », cit., p. 67).

⁶⁶ El Título Preliminar se estructura en los siguientes Capítulos:

- CAPITULO I: “*Fuentes del Derecho*”.
- CAPITULO II: “*Aplicación de las normas jurídicas*”.
- CAPITULO III: “*Eficacia general de las normas jurídicas*”.
- CAPITULO IV: “*Normas de Derecho Internacional Privado*”.
- CAPITULO V: “*Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional*”.

⁶⁷ El Proyecto de Modificación del Título Preliminar del Código Civil de 12 de agosto de 1966, fue presentado a las Cortes Generales por el Gobierno como Ley de Bases, para que fuese elaborado, posteriormente, un texto articulado por la Comisión General de Codificación con arreglo a las bases (el Proyecto fue recibido en la Cámara el 21 de octubre, y se publicó en el B.O. de las Cortes Españolas núm. 935, del 25). Así, esta reforma adopta idéntico sistema al seguido en 1888 para la promulgación del Código Civil.

Este Proyecto trabajó en torno al Anteproyecto de 1962, que contenía cinco capítulos, denominados como sigue:

- Capítulo I: “*Fuentes y vigencia de las normas jurídicas*”;
- Capítulo II: “*Aplicación de las normas jurídicas*”;

art. 4.3 CC, permite deducir que el ámbito de aplicación del Título Preliminar desborda el ámbito estrictamente civil, siendo predicable de la **totalidad** del ordenamiento jurídico⁶⁸, en especial los tres primeros capítulos, pues los capítulos IV y V son normas de regulación especial⁶⁹. En consecuencia, entendemos que el conjunto normativo integrado en el Título Preliminar es de

-
- Capítulo III: “*Eficacia general de las normas jurídicas*”;
 - Capítulo IV: “*Ámbito de aplicación de las normas jurídicas en el orden interestatal*”; y
 - Capítulo V: “*Ámbito de aplicación de los regímenes jurídico-civiles coexistentes en el territorio nacional*”).

El Proyecto estaba integrado por 16 artículos, igual que en la edición primitiva de 1889, pero con importantes novedades:

- 1) El texto se abría con el art. 1, dedicado a las fuentes del Derecho, entre las que se incluía a la jurisprudencia y se definía a los principios generales del Derecho como “aquellos que, en la esfera propia del Derecho natural o en la del Derecho positivo, informen el total ordenamiento jurídico o sean armónicos con sus directrices”.
- 2) Se contempla la figura del fraude de ley (art. 6).
- 3) Se consagra el principio de la buena fe (art. 7).

La reforma, propiamente, es efectuada, tras varias vicisitudes, por la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil (BOE núm. 69, del 21). Esta Ley no fue objeto de abundantes estudios científicos, tal vez a la espera de la publicación del texto articulado; sin embargo, RUIZ VADILLO advirtió que “una vez nacido el texto articulado, la Ley de Bases (que por un proceso de metamorfosis desaparece) tendría un indiscutible valor como elemento interpretativo”, y que la reforma podía “constituir un factor muy positivo en el desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico” (RUIZ VADILLO, E., «Comentario a la Ley de Bases para la modificación del título preliminar del Código Civil», en *RGD*, núm. 345, 1973, p. 512).

El texto articulado del Título Preliminar del Código Civil es sancionado con fuerza de Ley por el D. 1836/1974, de 31 de mayo (BOE núm. 163, de 9 de julio). Consta de una Exposición de Motivos, redactada por D. ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, Presidente en la Subsección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, encargada de la redacción del Texto Articulado, de gran valor en la interpretación de las normas del Título Preliminar.

⁶⁸ Como señala DE LA VEGA BENAYAS, “la reforma constituye una interesante aportación legislativa al tema de la parte general del Derecho civil y un primer acercamiento o aproximación a una verdadera Ley Preliminar o Ley Introdutoria al derecho **total** del país, especie de parte general legislativa que contuviera todas las normas tanto de alcance público como privado y de aplicación general para la realización del derecho de la nación en su conjunto” (DE LA VEGA BENAYAS, C., «La doctrina de las fuentes...», cit., p. 174).

⁶⁹ Un punto de especial crítica, planteado particularmente en las primeras décadas del s. XX, ha sido, justamente, el relativo a la regulación de las normas de Derecho internacional privado. Ya la primera doctrina del Código Civil advirtió varios defectos, que se fue acentuando con el transcurso del tiempo, al estimarse insuficiente la regulación material en sólo tres preceptos, sobre todo ante el desarrollo del Derecho internacional privado, por vía convencional y doctrinal. Hasta el punto de que el pfr. DE CASTRO planteaba “la urgente necesidad de la codificación del Derecho internacional privado” (DE CASTRO, F., «La constitución española y el Derecho internacional privado», en *RDP*, 1932, p. 105).

En cuanto al Capítulo V es el más específicamente civil de todos los que componen el Título Preliminar, por lo que no hay objeciones a que forme parte del contenido del Código Civil, como Título Preliminar.

aplicación general y directa en todo el ordenamiento jurídico español⁷⁰, sin que necesite una remisión jurídica de norma alguna, como la del art. 4.3 CC, para su plena eficacia jurídica.

Sin embargo, ha prevalecido la posición de mantener estas materias en el Título Preliminar del Código Civil⁷¹, basándose en la tradición jurídica española

⁷⁰ DE LA VEGA BENAYAS opina: “Si nos atenemos al carácter de Ley básica del Título Preliminar, respecto al cual hay unanimidad en considerarlo como de alcance genérico, norma dirigida a toda clase de destinatarios e informadora de toda otra legislación, civil y de otro orden, la primera nota distintiva es que su aplicación será también general y de obediencia para todo aplicador de normas, para cualquier poder legiferante y para los particulares, en fin” (DE LA VEGA BENAYAS, C., «La doctrina de las fuentes...», cit., p. 194).

⁷¹ En los diversos Proyectos, oficiales o privados, de Código Civil redactados durante el s. XIX, era habitual la presentación de un Título Preliminar, en donde se agrupaba un conjunto de normas generales, de contenido breve; destacándose:

- 1) Proyecto de 1820 (Título Preliminar “*De las leyes*”).
- 2) Proyecto privado de D. Pablo Gorosabel, publicado en 1832 (Título Preliminar, “*De la fuerza de las disposiciones de este Código*”): GOROSABEL, P., *Redacción del Código Civil de España esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación*, Tolosa, 1832.
- 3) *Código Civil*, obra de D. José María Fernández de la Hoz, redactado en 1843 (“*Título Preliminar de la ley*”): FERNÁNDEZ DE LA HOZ, J. M.^a, *Código Civil redactado con arreglo a la legislación vigente*, Madrid, 1843.
- 4) Proyecto de 1851; también contiene un Título Preliminar (“*De las leyes y sus efectos, y de las reglas generales para su aplicación*”), integrado por 17 artículos, que hacían mención a:
 - Entrada en vigor de la ley (art. 1).
 - Principio de que “la ignorancia de las leyes no sirve de excusa” (art. 2).
 - Principio de irretroactividad de las leyes (art. 3).
 - Principio de irrenunciabilidad de la ley (art. 4).
 - Principio de que “las leyes no pueden ser revocadas sino por otras leyes” (art. 5).
 - Principio de territorialidad de la ley penal (art. 6).
 - Derecho internacional privado (arts. 7 a 11).
 - Responsabilidad del Juez que rehusare fallar (art. 12), pero aquí sin prelación de fuentes, que sí se establece en el Código Civil de 1889.
 - Varias declaraciones, en los arts. 14 y 16, que no se recogerían en el Código Civil.
 - Reglas de interpretación de fechas y plazos (art. 15).
 - Supletoriedad del Código Civil (art. 17).
- 5) *Código Civil*, de D. Sabino Herrero, publicado en 1872 (Libro I, “*Disposiciones generales*”): HERRERO, S., *El Código Civil español. Recopilación metódica de las disposiciones vigentes, anotadas con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, Valladolid, 1872.
- 6) Proyecto de 1882 (Título Preliminar “*De las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación*”).

Por su parte, en el Código Civil, propiamente, hay que distinguir las dos ediciones que se aprobaron:

- 1) En la primera edición, ya la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, autorizando al Gobierno para publicar un Código Civil, con arreglo a las condiciones y bases que se establecen en esta Ley (Gaceta núm. 143, del 22), se refiere a “*los efectos de las leyes y de los estatutos*” (Base 2^a). En virtud de la Ley de Bases (art. 3^o), se promulga el R.D. de 6 de octubre de 1888, mandando se publique el Código Civil en la «Gaceta de Madrid» (Gaceta núm. 282, del 8), en donde el Título Preliminar consta de 16 artículos.
- 2) La edición definitiva del Código Civil, aprobado por R.D. de 24 de julio de 1889, mandando insertar en la Gaceta el texto de la nueva edición del Código Civil, con las enmiendas y

y el derecho comparado⁷² y en la propia doctrina española y extranjera, en coherencia con la consideración del Derecho común como el Derecho Privado general contenido en el Código Civil; lo que justificaría la inserción del art. 4.3 CC.

En este sentido, SCAEVOLA, rompiendo la tónica doctrinal coetánea a la promulgación del Código Civil, que se limitaba a interpretar el articulado del Título Preliminar, sin enjuiciarlo, mantiene una actitud crítica hacia el mismo, en cuanto a la inserción de su contenido en el Código Civil⁷³. Frente a él, MANRESA mantiene una posición más favorable a la inserción del Título Preliminar en el Código Civil, si bien destaca la necesidad de diferenciar en su seno entre las reglas generales y las específicamente civiles⁷⁴.

Con posterioridad, antes de la reforma del Título Preliminar, el pfr. ALBALADEJO se hizo eco de la crítica a la pertinencia o no de la inclusión del Título Preliminar en el Código Civil; y reconoce que el Código “trata de algunas cosas que propiamente pertenecen a ramas jurídicas distintas del Derecho civil o que no son exclusivas de éste”, pero, añade, “ello, al menos en

adiciones propuestas por la sección de lo civil de la comisión de codificación (Gaceta núm. 206, del 25): se realizaron retoques, no muy extensos, del Título Preliminar, centrados, fundamentalmente, en los arts. 12 y 15 (también se atendieron los arts. 1, 10 y 11), en torno a la subsistencia del Derecho foral.

⁷² Ambos elementos son destacados por MANRESA: “Nuestros Códigos antiguos comprendían cierto número de principios generales acerca de las leyes, pudiéndose citar a este propósito el Fuero Juzgo, las Partidas y las dos Recopilaciones entre las más importantes”; señalando, a continuación que “las materias comprendidas en el Título Preliminar suelen ser en casi todos los Códigos las mismas que en el nuestro” (MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil* español, t. I, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1890, pp. 42 y 43).

⁷³ Este jurista se pronunciaba así: “Contiene este Título preceptos de carácter general, de índole diversa unos de otros, y muchos de los cuales no deben figurar, en nuestro sentir, en este sitio, o al menos, de hallarse consignados en él con redacción distinta de la que tienen”. A continuación, criticaba, concretamente, los artículos 4º., 6º., 8º. y 15º. Y concluía con estas palabras: “El Título Preliminar, pues, aunque conveniente para la aplicación del Código y apoyado por los antecedentes de varios extranjeros, no nos parece acertado del todo por las razones alegadas al principio. Su carácter ilimitado e infinito, que pudiéramos decir, revelado en sus palabras, no se aviene con el del Código que comentamos, cuyo contenido lo forma sólo el Derecho civil” (SCAEVOLA, Q. MUCIUS, *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial*, t. I, 2ª. ed., Madrid, 1890, pp. 91-93).

⁷⁴ Dice este autor: “Examinado en conjunto este Título del Código español acaso la única dificultad práctica que puede presentarse es la de deslindar las reglas que tienen carácter y aplicación general y las que se relacionan exclusivamente con el Derecho civil, pues estas últimas, aunque redactadas en términos generales y estando contenidas en una ley posterior, entendemos que no pueden prevalecer en los casos en que se consignan expresamente la excepción y en que ésta se halla plenamente justificada” (MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios...*, cit., p. 45).

parte, se explica porque el Código viene a pretender contener no sólo el Derecho Privado general, sino todas las disposiciones de Derecho común”⁷⁵.

b”’) Diferenciación de una dualidad normativa.

Tras la reforma efectuada en 1974, podemos distinguir en el Título Preliminar del Código Civil dos grupos de normas jurídicas (excluidas las “*Normas de Derecho Internacional Privado*”, objeto del Capítulo IV, por ser merecedoras de un tratamiento diferenciado): 1) aquellas que resultan aplicables a la totalidad del “*ordenamiento jurídico español*” (Capítulos I, II y III); y 2) aquellas otras que se aplican, específicamente, al Derecho Civil (insertas en el Capítulo V).

Respecto a las reglas generales contempladas en los Capítulos I, II y III, que se postulan de la totalidad del ordenamiento jurídico (incluido el Derecho mercantil, objeto específico de nuestro estudio), rigiendo en toda España (incluidas las regiones forales)⁷⁶, consideramos que las mismas se concretan en el ámbito del Derecho Civil, en virtud del art. 13 CC (inserto en el Capítulo V, en alusión a los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional), estableciéndose una serie de especialidades:

1) Según el ap. 1 del art. 13 CC “*las disposiciones de este Título Preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su*

⁷⁵ ALBALADEJO, M., *Instituciones de Derecho Civil*, Barcelona, 1960, p. 38.

En igual sentido, DE LA VEGA BENAYAS considera que algunos de los temas tratados en el Título Preliminar del Código Civil lo convierten, de ese modo, “al menos en parte, en Ley general básica”. Y cita, entre otros, a la jerarquía de las normas y su validez jurídica; el conjunto de normas de conflicto internacional o interregional; vigencia, aplicación y eficacia de las normas jurídicas (DE LA VEGA BENAYAS, C., «La doctrina de las fuentes...», cit., p. 174).

⁷⁶ Así se desprende del término “*español*”, referido, con carácter general, en el art. 1.1 CC, en el Capítulo I.

Igualmente, en lo que respecta a los Capítulos II y III, la expresión “(...) *en toda España*” (mencionada, específicamente, en el art. 13.1 CC, en referencia al ámbito civil), hace alusión a la totalidad del territorio español, rigiendo también en las propias regiones forales.

aplicación (...) tendrán aplicación general y directa en toda España". Esto es, el art. 13.1 CC hace una remisión a las reglas generales relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas (contenidas, respectivamente, en los Capítulos II y III del Título Preliminar).

No obstante, entendemos que los Capítulos I, II y III, que tienen una aplicabilidad general y directa en todo el ordenamiento jurídico español (excepción hecha del Capítulo I, en el Derecho Civil, en el sentido que veremos a continuación), no necesitan una remisión a los mismos, para su plena eficacia jurídica. En este sentido, el mandato del art. 13.1 CC es reiterativo, por la propia naturaleza general de los Capítulos II y III (predicable respecto a la totalidad del Derecho), y sólo puede entenderse en el sentido de concretar dichas materias en este ámbito civil.

2) Curiosamente, el anterior precepto no hace mención expresa al contenido del Capítulo I (en materia de "*Fuentes del Derecho*"), en un intento del nuevo legislador, de 1974, de respetar las especialidades, en materia de fuentes, de ciertas regiones forales. Tal es el sentido del ap. 2 del art. 13 CC, en donde se dice: "***En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas según sus normas especiales***".

Este ámbito privilegiado de las regiones forales está circunscrito al orden de prelación de fuentes, pues no puede afectar a la naturaleza jurídica de las mismas ni tampoco a las demás materias contenidas en dicho Capítulo I⁷⁷, por su propio carácter básico del ordenamiento jurídico. Además, ello resulta predicable sólo cuando esté previsto en la propia Compilación⁷⁸, pues, en caso

⁷⁷ Así, en el art. 1 CC, los preceptos sobre los tratados internacionales, la jurisprudencia, y la prohibición del *non liquet*. Y, en el art. 2 CC, la entrada en vigor, derogación e irretroactividad de las leyes.

⁷⁸ En la Compilación Foral de Navarra la prelación de fuentes de Derecho se contempla expresamente en la ley 2, siendo desarrollada en los preceptos que la suceden (éstos, relativos a las fuentes del Derecho navarro, mantienen su texto sin modificaciones desde su aprobación, en 1973, hasta hoy). A su tenor, el orden de fuentes es: 1º. La costumbre, "*aunque sea contra ley*" (ley 3); 2º. Las leyes de la Compilación navarra; 3º. Los principios generales del Derecho

contrario, el orden de prelación es el mismo que se establece en el Capítulo I del Código Civil⁷⁹.

navarro; y 4º. “*El Código Civil y las leyes generales de España*” (ley 6), esto es, las leyes del Derecho común y los principios generales del Derecho común, como Derecho supletorio.

En Aragón, el orden de prelación está establecido en los arts. 1 y 2 de su Compilación, según nueva redacción dada por la D.F.1ª. de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de la Presidencia de la Diputación General de Aragón (BOAR núm. 26, de 4 de marzo; BOE núm. 72, de 25 de marzo): 1º. Las leyes imperativas aragonesas; 2º. La costumbre del Derecho aragonés; 3º. Las leyes dispositivas aragonesas; 4º. Los principios generales del Derecho aragonés; 5º. Las leyes comunes imperativas y dispositivas; y 6º. Los principios generales del Derecho común.

Idéntico orden de fuentes jurídicas, al de Aragón, se establece en el art. 3 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de la Presidencia de la Junta de Galicia, sobre Derecho Civil de Galicia: 1º. Las leyes imperativas gallegas; 2º. Las costumbres gallegas; 3º. Las leyes dispositivas gallegas; 4º. Los principios del ordenamiento jurídico gallego; 5º. Las leyes comunes (imperativas y dispositivas); y 6º. Los principios generales del Derecho común.

Es destacar el cambio experimentado, al respecto, en Cataluña. En el art. 1 del T.R., aprobado en 1984, de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña se silenciaba el orden de prelación de fuentes, y tan sólo se decía que “*las disposiciones del Derecho Civil de Cataluña regirán con preferencia al Código Civil y a las restantes disposiciones de igual aplicación general*”. Esta situación se ha modificado, tras la aprobación de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, de la Presidencia de la Generalidad de Cataluña, por la que se aprueba la Primera Ley del Código Civil de Cataluña (D.O. de la Generalitat de Catalunya núm. 3798, de 13 de enero de 2003; BOE núm. 32, de 6 de febrero de 2003), cuya D.F.1ª. establece la sustitución del mencionado art. 1 “*por los preceptos correspondientes de la presente Ley*”. En virtud del art. 7 de esta Ley se aprueba el Libro Primero del Código Civil de Cataluña, cuyo art. 111-1 (la referida Ley recoge por primera vez en el ordenamiento jurídico español el sistema neerlandés de numeración de los artículos, respectivamente, por el libro, el título y el capítulo en donde está inserto, y que indica su posición en el marco del Código, seguido de un guión corto que corresponde a la numeración continua, permitiendo la elaboración del Código Civil catalán por libros o por partes de libro) establece, en su ap. 2, que “*la costumbre sólo rige en defecto de ley aplicable*”; y el art. 111-5 que “*(...) el derecho supletorio sólo rige en la medida en que no se opone a las disposiciones del derecho civil de Cataluña o a los principios generales que lo informan*”. Por tanto, el orden de prelación es: 1º. La ley catalana; 2º. La costumbre catalana; 3º. Los principios generales del Derecho catalán; 4º. La ley común; y 5º. Los principios generales del Derecho común.

⁷⁹ Ello sucede en Baleares y País Vasco, pues sus Compilaciones no dicen nada al respecto; en todo caso, se limitan a destacar el carácter supletorio del Derecho común. Por tanto, la ley foral prevalece sobre la costumbre, salvo que la Compilación se remita a la costumbre para que ésta se aplique con preferencia a la propia Compilación; a falta de ley foral y costumbre, se aplicarán los principios generales del Derecho foral; y, en su defecto, regirán la ley común y los principios generales del Derecho común.

El pfr. ALBALADEJO opinaba, al respecto, que “la ley del Derecho común rige inmediatamente después que la ley foral, luego se aplica, si ésta falta, antes que la costumbre”, y señalaba que, después de la ley común, se aplicaría la costumbre foral, y, en su defecto, los principios generales del Derecho foral y, después, los del Derecho común (ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil Español*, vol. I «Introducción y Parte General», 3ª. ed., Barcelona, 1983, p. 62).

Sin embargo, consideramos que el Derecho foral está integrado por la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho foral; los cuales, todos ellos, nutren el mismo Derecho foral, permitiendo su diferenciación del Derecho común, siendo, por tanto, merecedores de aplicación preferente a la ley común y a los principios generales del Derecho común. Este sentido es el que asumen las mencionadas Compilaciones:

Asimismo, la expresión “*en lo demás (...)*”, hace alusión al conjunto de normas contenidas en el Código Civil, salvo las materias contempladas en los mencionados Capítulos II y III, referidos en el ap. 1 del art. 13 CC.

En consecuencia, en las demás materias civiles (incluido el tema del orden de prelación de fuentes del Capítulo I) el Derecho común rige como supletorio, en defecto de regulación por el Derecho foral, pues éste tiene una extensión desigual según la región foral de que se trate; comprendiendo sólo una parte de las materias civiles.

Por último, será la propia Compilación la que establezca el alcance de la suplencia del Derecho común, ya que el art. 13.2 CC no contempla el modo en que este Derecho es supletorio del foral [así se desprende del tenor “*(...) regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas según sus normas especiales*”].

c”’) *Análisis constitucional.*

Básicamente, el contenido del Título Preliminar, y más concretamente el de los Capítulos I, II y III, debe encuadrarse en el ámbito constitucional, al afectar a todo el ordenamiento jurídico⁸⁰. Este tema ya fue examinado en los

1) En Baleares, a tenor del art. 1, párr. 3, del vigente T.R. de su Compilación: “*En defecto de la Ley y costumbre del Derecho Balear se aplicará supletoriamente el Código Civil y demás leyes civiles estatales cuando sus normas no se opongan a los principios de su Ordenamiento jurídico*”.

2) En el País Vasco, el art. 3 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, por la que se aprueba el Derecho Civil Foral del País Vasco: “*1. En defecto de norma foral aplicable regirá como supletorio el Código Civil y demás disposiciones de carácter general. 2. La aplicación del Derecho supletorio deberá acomodarse a los principios generales del Derecho Civil Foral*”.

⁸⁰ En torno al concepto tradicional de fuentes del Derecho y su inserción en el Derecho Constitucional, BALAGUER CALLEJÓN entiende que “las fuentes del Derecho se encuadrarán dentro del ámbito privado, como instrumento de diferenciación normativa entre el mundo feudal y el moderno, entre el Derecho codificado y el Derecho consuetudinario, porque ése va a ser el lugar natural donde el Derecho se encuentre en un Estado abstencionista como el liberal”. Por ello, continúa, “la doctrina de las fuentes se ha enmarcado tradicionalmente dentro del Derecho privado, y ello explica, en el caso de nuestro ordenamiento, el defectuoso entendimiento que de ella ha realizado el constituyente, obviando cualquier referencia a las mismas salvo en la definición de las competencias del Estado en el art. 149.1.8ª.”; de forma que “el constituyente ha entendido la doctrina de las fuentes del Derecho en su sentido histórico y tradicional, y se ha

comentarios de las primeras ediciones privadas del Código Civil⁸¹, lo cual pone de manifiesto su especial significación jurídica y permanente interés en torno a la conveniencia o no de regulación constitucional, pues, aunque haya habido épocas en que no se tratara, se contemplará en estudios próximos a la reforma del Título Preliminar efectuada en 1974⁸².

Cuatro años más tarde, el art. 9.3 CE, dentro de su Título Preliminar, reconoce y garantiza, como principios constitucionales, entre otros (en lo que a nuestro estudio afecta), el principio de legalidad, la jerarquía normativa y la publicidad de las normas. Por su parte, el art. 149.1.8ª. CE atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación civil, *“sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas (...), normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial”*; esto es, se alude al conjunto de reglas generales (constitutivas de los Capítulos I, II y III) y a las específicamente civiles (referidas en el Capítulo V) del Título Preliminar del Código Civil.

En esta materia, el Tribunal Constitucional ha distinguido en el art. 149.1.8ª. CE dos reservas competenciales en favor del legislador estatal⁸³:

1) Por un lado, señala que *“el art. 149.1.8 de la Constitución, tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la «legislación civil», introduce una*

limitado a consagrarla constitucionalmente” (BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes...*, cit., pp. 56 y 57).

⁸¹ La REDACCIÓN DE LA “REVISTA DE DERECHO INTERNACIONAL”, después de señalar que las disposiciones del Título Preliminar (en su edición originaria), se salen del Derecho civil, se pronunciaba así: “En vez de figurar a la cabeza de un Código civil, tendría lugar más adecuado en los preceptos constitucionales, si es que la tradición y el ejemplo de la mayor parte de los códigos modernos, que en éste como en muchos casos más han seguido al Código de Napoleón, no hubieran introducido la costumbre, generalmente seguida también por los tratadistas, de colocar estas disposiciones generales al principio y como por vía de preliminar de los preceptos de carácter civil” (REDACCIÓN, «Textos y comentarios al Código Civil español», en *Revista de Derecho Internacional*, José Góngora y Álvarez, Madrid, 1889, p. 35).

⁸² *Vid.*, entre otros, HERRERO DE MIÑÓN, M., «Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código Civil», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 198, 1974, pp. 89 y ss.

⁸³ STC (Pleno), de 6-5-1993 (BOE núm. 127, del 28; Recurso de Inconstitucionalidad núm. 2401/1990) (RTC 1993\156), F.J.1.

garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, garantía que no se cifra en la intangibilidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su «conservación, modificación y desarrollo»”.

2) A continuación, reconoce “*la ulterior reserva al Estado, por el mismo art. 149.1.8., determinadas regulaciones «en todo caso» sustraídas a la normación autonómica (...). El sentido de esta segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno, ello sin perjuicio de lo que en el último inciso del art. 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho”.*

En fechas más recientes, el Tribunal Constitucional ha declarado, en torno a la determinación del sistema de fuentes del Derecho civil de Galicia, que, conforme al art. 149.1.8^a. CE, “*es competencia exclusiva del Estado la **emanación** de reglas relativas a «la determinación de las fuentes del Derecho»”;* aunque, añade, “*esta competencia estatal ha de ejercitarse «con respeto a las normas de derecho foral o especial», como el propio precepto constitucional señala en su inciso final”*⁸⁴.

Observamos que una primera lectura del art. 149.1.8^a. CE podría inducir a considerar que nuestra Ley Fundamental sigue fiel a la tradición jurídica de identificar el Derecho común con el Derecho privado general contenido en el Código Civil, en cuanto contempla, como materias de la legislación civil “*las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas (...), normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho,*

⁸⁴ STC (Pleno), de 25-3-2004 [BOE núm. 99 (suplemento), de 23 de abril; Recurso de Inconstitucionalidad núm. 3141/1993] (RTC 2004\47), F.J.13.

*con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial*⁸⁵. Pero consideramos que hay que tener presente que el mencionado precepto constitucional está inserto en el Capítulo III (“*De las Comunidades Autónomas*”) del Título VIII (“*De la organización territorial del Estado*”), que, con el art. 148 CE, que le precede, delimitan los ámbitos de competencias estatal y autonómica; y, por tanto, lo que hace es especificar dichas competencias en el ámbito de la legislación civil. Lo cual, entendemos, no es óbice para que se postule la conveniencia de formular en un cuerpo orgánico, separado del Código Civil, ajeno a apriorismos jurídicos, un conjunto de normas fundamentales, de carácter general, relativas a fuentes del Derecho y a la aplicación y eficacia general de las normas jurídicas (referidas, actualmente, en los Capítulos I, II y III del Título Preliminar del Código Civil)⁸⁶, con las especialidades propias de cada ámbito jurídico (p.ej. la aplicación analógica de las normas jurídicas, con la excepción de su prohibición en el orden penal

⁸⁵ BALAGUER CALLEJÓN aprecia que “el problema consiste ahora en que la construcción dogmática del sistema de fuentes ha excedido ya obviamente ese sentido histórico iusprivatista para incorporarse en su régimen general al ámbito del Derecho constitucional”.

Pero entiende que es necesario resolver varias cuestiones “para promover una correcta incardinación del concepto tradicional de fuentes, plasmado actualmente en la regulación contenida en Título Preliminar del Código Civil”:

1) En torno a la de la propia determinación de las fuentes contenida en el art. 1.1 CC considera que puede ser modificada en el futuro por el legislador y que sólo es aplicable a las fuentes infralegales.

2) Sin embargo, respecto a las previsiones del Título Preliminar del Código Civil en torno a las “normas jurídicas, su aplicación y eficacia”, referidas como su encabezamiento expresa, cree que el legislador no las puede alterar libremente. Aclarando: “Esto es, no creo que lo pueda hacer incondicionalmente y por medio de cualquier ley con carácter singular incluso (...). Una alteración singular de los artículos del TPCC podría afectar a principios constitucionales como el de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), y en ese sentido podría ser considerada inconstitucional”. Y, añade: “De ese modo, el legislador está vinculado a las normas del TPCC no por imperativos legales, sino por imperativos constitucionales, y en la medida en que éstos existan”.

Y encuentra una justificación adicional en la exigencia de generalidad y de modificación expresa en que “las normas sobre la producción jurídica establecidas por el legislador no van a vincular tan sólo al poder general del Estado”, sino también a la propia estructura autonómica actual del Estado, marco en el que hay que inscribir la función normativa que la Constitución atribuye aquí a aquel poder en el art. 149.1.8ª. (BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes...*, cit., pp. 57 y 58).

⁸⁶ El hecho de que en el art. 149.1.8ª. CE no se aluda a las “*Normas de derecho internacional privado*”, contempladas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, viene a demostrar que las materias contenidas en este Título Preliminar no han de entenderse como exclusivas de la legislación civil.

cuando se trate de analogía *in malam partem*), constitutivas de un *auténtico* Derecho Común a todo el ordenamiento jurídico⁸⁷.

d') La prevalencia del uso de comercio: la especificidad del art. 50 CCo.

La segunda conclusión que se obtiene del examen del art. 2 CCo., la regla de la aplicación preferente de las normas mercantiles, y específicamente de los usos del comercio, vista en el ap. II.-A.-a) anterior, quiebra *aparentemente*, como única excepción, en el art. 50 CCo.⁸⁸, cuyo tenor literal establece: “*Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales por las reglas generales del Derecho común*”.

En materia de contratos, el silencio del art. 50 CCo. a los usos de comercio plantea doctrinalmente la cuestión de la aplicabilidad de los mismos y, en caso afirmativo, de su prevalencia, también, sobre el Derecho común⁸⁹. Este tema es de gran importancia, ya que, en definitiva, esta omisión supondría una significativa reducción del ámbito de aplicación de los usos de comercio, al

⁸⁷ La propia Exposición de Motivos de la reforma del Título Preliminar de 1974, al aludir a la función de supletoriedad del Código Civil, es consciente de las críticas vertidas sobre la conveniencia de su inclusión en este Código, y de la posibilidad de que en un futuro sea objeto de regulación autónoma, cuando afirma que esta función, “*siguiendo la línea del anterior artículo 16, corresponde al Código Civil, exponente todavía de los principales rasgos caracterizadores del derecho común como lo prueba el propio contenido del Título preliminar*”.

⁸⁸ VICENT CHULIÁ considera que el Derecho común o civil aparece invocado en el Código de Comercio, en relación con el Derecho mercantil, con dos funciones distintas: además de la función de Derecho **supletorio** (art. 2 CCo), se puede reconocer otra función, como Derecho **integrador** de la misma ley mercantil, en donde el Derecho común se aplica con *prioridad* a los usos del comercio, como dispone específicamente el art. 50 CCo. respecto de los “contratos mercantiles” (VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, cit., p. 72).

No obstante, con anterioridad mantuvo que “es claro que el art. 50 no puede modificar el art. 2, suprimiendo, porque no los cita, los usos de comercio, y precisamente en relación con los contratos, que es donde tienen más aplicación” (VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. I, vol. I, 3ª. ed., Barcelona, 1991, p. 28).

⁸⁹ Así. GIRÓN, se extraña de que en el art. 50 CCo. no haya una referencia a los usos de comercio (GIRÓN TENA, J., *Apuntes de Derecho Mercantil. Introducción*, Madrid, 1987, p. 122).

disponer la **preferencia** de las normas civiles sobre éstos en el ámbito contractual mercantil (en materia de requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes), pues es, justamente, aquí en donde tienen mayor preponderancia⁹⁰. No obstante, hay que interpretar el precepto en sus justos términos; por lo que consideramos necesario realizar varias matizaciones:

1) Del tenor literal del precepto, en el orden contractual mercantil es posible la **aplicación** de los usos de comercio si se halla “*expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales*” (p.ej. el art. 304 CCo., sobre retribución del depósito mercantil, en cuyo ap. 2 se establece que “*si las partes contratantes no hubieren fijado la cuota de la retribución, se regulará según los usos de la plaza en que el depósito se hubiere constituido*”), en cuyo caso es la norma legal la que atribuye al uso de comercio la integración de la voluntad contractual de las partes. No sólo eso, también se aplicará con preferencia a las reglas generales del Derecho común.

2) Asimismo, la remisión del art. 50 CCo. al mismo Código es una concreción, en materia contractual, del régimen jerárquico establecido en el art. 2 CCo.,

⁹⁰ Vid., entre otras, la STS (Sala de lo Civil), de 31-1-1985 (RJ 1985\225): “*La motivación segunda lo que trata de sostener es que la norma de remisión del artículo cincuenta tiene vigencia sólo en el supuesto de que no hubiera disposiciones expresas de Derecho mercantil aplicables, que impediría aplicar, en este caso, el mil quinientos cinco del Código civil y parecería justificar la aplicación del trescientos treinta y dos del Código de comercio, diciéndose, sin embargo, que fue también aplicado indebidamente; por otra parte, lo denunciado en la motivación tercera es inaplicación que ahora se dice que afecta al trescientos treinta y dos del Código mercantil -que se termina de sostener que fue aplicado sin deber serlo- y además del mil ciento veinticuatro, aplicable por la remisión del cincuenta del Código de comercio, que según el tortuoso razonar del recurso, fue aplicado indebidamente; motivos ambos, que deben ser desestimados, porque, aparte el confusionismo formal que se ha puesto de relieve, carecen de todo fundamento sustantivo, de acuerdo con la reiterada y uniforme doctrina, tanto jurisprudencial, como científica, producida en la interpretación de la normativa invocada*” (Cdo. 3°.); el texto en negrita procede de la misma sentencia.

Igualmente, la STS (Sala de lo Civil), de 8-4-1994 (Recurso núm. 1415/1991) (RJ 1994\2733): “*Respecto al alegado uso de carácter bancario, que pretende respetar la Audiencia, es conveniente recordar que nos encontramos, no ante un mero acto de comercio, sino ante auténticos contratos y si el art. 2.º del Ccom. establece que los actos de comercio se regirán por las disposiciones contenidas en él, en su defecto por los usos del comercio, y a falta de ambas reglas por las del derecho común, siendo éste el derecho privado general (civil), del que el mercantil es mera especialidad, el art. 50 concreta que «los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en las leyes especiales por las reglas generales del derecho común»*” (F.D.2°.).

cuando dice que “ *los contratos mercantiles (...) se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales por las reglas generales del Derecho común*”; por tanto, aunque el art. 50 CCo. no los cite expresamente, los usos de comercio rigen en defecto de Ley mercantil, y se aplicarán con preferencia al Derecho común, **también** en materia de contratos mercantiles. Mantener lo contrario supondría ignorar el carácter eminentemente consuetudinario sobre el que se ha formado el Derecho mercantil, y delegar en el Derecho común la regulación de instituciones contractuales eminentemente mercantiles.

3) Por otro lado, las materias enunciadas en el art. 50 CCo. no agotan la totalidad del ámbito contractual mercantil, pues no se contempla el propio **contenido del contrato**; y, en consecuencia, los derechos y obligaciones de los contratos mercantiles están sometidos al régimen establecido en el art. 2 CCo. (esto es, se regirán por las leyes mercantiles, en su defecto por los usos del comercio, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común).

4) Por último, cabe la posibilidad de limitación del contenido del propio art. 50 CCo., tal y como se desprende de la referencia de este precepto a “*las reglas generales del Derecho común*” en materia contractual, materia que está presidida por el principio de libertad contractual (art. 1255 CC). Este principio es igualmente predicable en el ámbito de los contratos mercantiles; de forma que los contratantes pueden pactar la aplicación de un uso de comercio, **antes** que las normas contractuales civiles dispositivas, las cuales no regirían (y, por tanto, quedarían vacías de contenido en el caso concreto planteado), en las materias previstas en el art. 50 CCo.

La doctrina, al respecto, no mantiene una posición clara⁹¹, aunque hay autores que, basándose en el art. 2 CCo., extienden la prevalencia de los usos de

⁹¹ Para ALBERTO BERCOVITZ, “es especialmente importante lo dispuesto en el art. 50 CCo. según el cual en materia de contratos mercantiles, debe aplicarse el Derecho común, cuando no exista norma que regule expresamente la cuestión de que trate, bien en el Código de Comercio, bien en las leyes especiales. Es decir, que en materia de contratos mercantiles *el Derecho común se aplica antes que los usos de comercio*, a no ser que los propios contratantes, haciendo uso del principio de libertad de pactos hayan acordado la aplicación de algún uso

comercio sobre el Derecho común, incluso, respecto a dichas materias (salvo la de interpretación) referidas en el art. 50 CCo.; esto es, las relativas a requisitos, modificaciones, excepciones, extinción y capacidad de los contratantes⁹².

El pfr. MOTOS trae luz a este delicado tema, de la omisión de los usos de comercio en el art. 50 CCo., advirtiendo que el legislador mercantil no ha querido que los usos de comercio pudieran enervar la doctrina general de la contratación formulada por el derecho privado común, y ésta es la razón de que se omitan en la redacción de esta norma⁹³. Asimismo, pone en relación el art. 57 CCo., que contempla el principio de buena fe negocial, con el art. 50 CCo.; y señala que, en éste, se regulan dos materias distintas:

- 1) por un lado, los elementos del contrato (requisitos, modificaciones, excepciones, extinción y capacidad de los contratantes), de forma que las normas del Derecho civil son aplicables en el Derecho mercantil en cuanto no resulten contradichas por normas especiales mercantiles; y
- 2) por otro lado, la doctrina de la interpretación de los contratos, la cual está sujeta, inevitablemente, a los usos negociales, que permiten averiguar y completar la voluntad de las partes.

determinado en lugar de lo dispuesto por normas contractuales de carácter dispositivo” (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes...*, cit., p. 114).

URÍA considera que “las normas mercantiles prevalecen sobre las civiles en la regulación de los conflictos de carácter mercantil. Sólo puede citarse como *excepción parcial* a este principio lo establecido en el art. 50 CCo., que para ciertas materias da *preferencia* a las normas civiles sobre los usos de comercio” (URÍA, R., *Derecho Mercantil*, cit., p. 18).

Por último, SÁNCHEZ CALERO afirma que la doctrina suele extender el ámbito de este artículo 2 CCo. “en el sentido de aplicar esta prelación de los usos o costumbres mercantiles sobre el Derecho común, no ya simplemente al régimen de los «actos de comercio», sino a toda la materia del Derecho mercantil. Esta extensión, basada seguramente en la imprecisión del término «acto de comercio», encuentra una importante *limitación* en el propio Código, que en su art. 50 señala que los contratos mercantiles, a falta de una ley específica que los regule (Código de comercio o ley especial), han de regirse por las reglas generales del Derecho civil -sin que intervenga, por consiguiente, la prelación de los usos de comercio-” (SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, cit., p. 33).

⁹² OLIVENCIA sostiene que “hay que aclarar que, aun cuando en materia de regulación de los contratos mercantiles, el art. 50 CCo. no se remita expresamente a los usos de comercio, de la interpretación sistemática de este precepto con el de carácter general que contiene el art. 2º., *se desprende que, también en esta materia, los usos normativos mercantiles han de preceder en su aplicación a las reglas del Derecho común*” (OLIVENCIA RUIZ, M., «Las fuentes...», cit., pp. 50 y 51).

⁹³ MOTOS GUIRAO, M., «La interpretación del contrato mercantil y el art. 59 del Código de Comercio», en *RJC*, 1955, pp. 36 y 43.

Este autor considera un error que el art. 50 mencione la interpretación de los contratos mercantiles, dado que ha de preceder lógicamente a la aplicación del Derecho objetivo, y éste tiene casi siempre carácter supletorio de la voluntad expresada en el contrato. Asimismo entiende que el principio *favor debitoris*, recogido en el art. 59 CCo. (cuyo texto dice: “*Si se originaren dudas que no puedan resolverse con arreglo a lo establecido en el artículo 2 de este Código, se decidirá la cuestión a favor del deudor*”), implica una derogación del art. 50 (también encuadrado, junto con aquél, en el Título IV del Libro I del Código, bajo la rúbrica “*Disposiciones generales sobre los contratos de comercio*”), en tanto que aquél invoca el art. 2 CCo.⁹⁴; de forma que “el art. 59 enerva, en relación con la interpretación del contrato mercantil, la eficacia y ejecutoriedad del orden normativo implantado por el 50 del Código”⁹⁵.

B.- ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS USOS DE COMERCIO.

Históricamente, el uso ha sido la principal fuente de creación del Derecho mercantil, incluso de rango superior a la propia ley, configurándose, en sus orígenes, como un Derecho esencialmente consuetudinario. Ello está motivado por las necesidades de los propios comerciantes de atenerse a una regulación conforme a las exigencias del comercio, lográndolo con los propios usos que realizan en el tráfico mercantil⁹⁶, dada la insuficiencia del Derecho común para

⁹⁴ Precepto que, añade, se integra de un orden de fuentes mercantiles (la ley mercantil, referida tanto al Código de Comercio como a las leyes mercantiles especiales, y, en segundo lugar, los usos normativos) y de un derecho subsidiario (integrado por la ley civil, la costumbre civil y los principios generales del Derecho).

⁹⁵ El pfr. MOTOS considera que, de admitirse que el precepto aplicable en materia de interpretación de los contratos mercantiles es el art. 50 CCo., regiría el Derecho mercantil legislado, y, en su defecto, el civil (en concreto, las reglas generales sobre interpretación contractual contenidas en los arts. 1281 y ss.), quedando relegados a un tercer plano los usos de comercio, y el art. 59 CCo. sólo entraría en vigor si ninguno de los anteriores medios fuesen satisfactorios (MOTOS GUIRAO, M., «La interpretación...», cit., pp. 35-37, y 41-43).

⁹⁶ Durante siglos el Derecho mercantil fue un Derecho de prácticas, *consuetudo mercatoria*, un ordenamiento en evolución permanente, un Derecho reactivo por naturaleza a la cristalización de dogmas.

adaptarse a las específicas exigencias del tráfico mercantil, y a ellos exclusivamente se atienden⁹⁷.

Conforme a los mismos (*secundum usum*, dicen las fuentes) fallan los jueces consulares en sus sentencias. Con el reconocimiento consular y su observancia práctica, los usos se consolidan, hasta el punto de que las propias corporaciones de mercaderes llegan a constatarlos por escrito, formando sus Estatutos, siendo incluso sancionados y fijados legalmente por las autoridades de la ciudad; a través de esta recopilación de usos⁹⁸, el Derecho mercantil se desarrolla como categoría autónoma del Derecho común, inspirado en principios propios, y no como un Derecho excepcional. Así, se va conformando la *Lex Mercatoria*, como un Derecho especial de la clase mercantil, fruto de las costumbres mercantiles, de los estatutos de las corporaciones de mercaderes y de la jurisprudencia de sus propios tribunales de justicia.

Posteriormente, con el nacimiento del Estado moderno, caracterizado por la división del poder político, y el predominio del poder legislativo, la costumbre y los usos de comercio quedan relegados a un papel secundario, como fuente subsidiaria del Derecho, regido por la ley escrita⁹⁹. De forma que las normas consuetudinarias, si bien se les reconoce su carácter de fuente del Derecho, sólo se aplican cuando la ley no contemple un supuesto concreto. A este postulado se

⁹⁷ Como señala GARRIGUES, “el uso mercantil se manifiesta, pues, como una reacción de los comerciantes contra la aplicación del Derecho civil en aquellos contratos mercantiles que tenían también su correspondiente regulación civil” (GARRIGUES, J., «Los usos de comercio (Significación del uso para el Derecho mercantil)», en *RDP*, 1944, p. 822).

⁹⁸ Precisamente, cuando en el siglo XVII se inicia la obra precodificadora con la *Ordonnance du Commerce* francesa (1673) de Luis XVI [obra, principalmente, de (Jacques) SAVARY, un práctico, un profesional del comercio, conocida también por *Code Savary* o *Code Marchand*], consistente en reunir en cuerpos orgánicos el conjunto de normas reguladoras del comercio, lo que en ellos se recoge fundamentalmente son usos y prácticas acuñados y difundidos anteriormente en el tráfico mercantil.

⁹⁹ Ello explica que la costumbre y los usos carezcan de una atención especial y relevante en los nuevos Códigos. En el fondo de la cuestión, late el convencimiento de que todo Código representa un cuerpo normativo sistemático y completo, en el que no caben más fuentes del Derecho que la Ley, excluyendo cualquier otra que el propio Código no reconozca. Así se entiende el art. 1976 CC, que, con la denominación de “*Disposición Final*” establece: “*Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho Civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio. Esta disposición no es aplicable a las leyes que en este Código se declaran subsistentes*”.

llega merced al propio reconocimiento legal¹⁰⁰, con carácter general e inmediato, de este valor supletorio de la costumbre y del uso de comercio¹⁰¹.

¹⁰⁰ Los Códigos han adoptado tres posturas diferentes, respecto al tratamiento legal de la costumbre y los usos en el sistema de fuentes del Derecho:

1) Inicialmente (primera Codificación latina), en el *Code* napoleónico de 1803 (seguido por el *Codice* italiano de 1865) se omite toda referencia a la costumbre, pues se contempla a la Ley como la única forma de manifestación del Derecho.

2) Posteriormente (segunda Codificación latina), el Código italiano de 1942 (art. 1, “*Son fuentes del Derecho (...) 4º. Los usos.*”) y el portugués de 1967 (art. 1) aluden a los *usos*, en cuanto sean invocados por la Ley, omitiendo cualquier referencia a la costumbre.

3) Una última posibilidad es la que reconoce a la costumbre su rango de fuente autónoma, pero de carácter supletorio. Este es el modelo que adopta el Código Civil español (arts. 5 y 6, en la redacción originaria de 1889, y art. 1.3 tras la reforma del Título Preliminar de 1974) y el suizo (art. 1).

Concretamente, en lo que respecta a la codificación civil española, ésta se basa, inicialmente, en el Proyecto de Código Civil de 1851, caracterizado, en cuanto al tratamiento jurídico de la costumbre, por las siguientes notas:

1) Su art. 1992 deroga el Derecho anterior, constituido por “*fueros, usos y costumbres*”.

2) Omisión de la costumbre entre las fuentes del Derecho.

3) Rechazo total de la costumbre *contra legem* (el art. 5 disponía: “*Las leyes no pueden ser revocadas sino por otras leyes, y no valdrá alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguas y universales que sean*”).

4) Ignora la función interpretativa e integradora de la costumbre, que tenía reconocida en las Partidas.

5) Sólo le reconoce un valor de regulación de determinadas instituciones, particularmente en materia contractual, completando la voluntad individual con carácter supletorio (p.ej. los arts. 1019, 1449, 1508, 1515, 1516, 1517, 1540, 1589.2, o 1641 del Proyecto de 1851).

La completa exclusión de la costumbre en el Proyecto va a ser percibido por los foralistas, que tenían asentado su Derecho sobre normas de origen y naturaleza consuetudinaria, como un mecanismo político del Gobierno sobre el cual éste intenta la unificación político-jurídica, negándoles la conservación de sus peculiaridades forales y locales. Esta lucha política se encauzará en el R.D. de 2-2-1880, en cuya virtud los representantes forales (se nombra un vocal de cada una de las “provincias forales”), se adscribirán a la Sección Civil de la Comisión de Códigos, encargados de redactar una Memoria y un texto articulado, que recogiesen los principios e instituciones *vigentes* en dichos territorios, los cuales se incorporarían al Código Civil a través de una ley especial, como Apéndices al mismo.

Sin embargo, la posición inicial del Proyecto de 1851 se mantendrá inalterable en el Proyecto de 1882, rechazándose a la costumbre como fuente del Derecho y como criterio de interpretación e integración legal. Su art. 12 establecía: “*El Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido se aplicará la que regule casos y materias semejantes*”.

La consolidación de la ruptura de la marginación que, hasta ese momento, había estado sometida la costumbre se producirá con la celebración del *Congreso Jurídico Español* de 1886, en Madrid, cuyas conclusiones se recogerán en el texto definitivo del Código Civil:

1) Se excluye a la costumbre contra la ley (art. 5 CC, redacción originaria).

2) Sólo se admite como fuente del Derecho la costumbre *praeter legem*, de carácter local; esto es, la costumbre local como fuente supletoria de la Ley, a la que está subordinada, si bien se aplicará con preferencia a los principios generales del Derecho (antiguo art. 6.2: “*Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y, en su defecto, los principios generales del Derecho*”).

Como excepción a este régimen general, ya en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, se prevé la subsistencia íntegra del derecho foral (arts. 5, 6 y 7), en cuyos territorios forales el

Aunque con la Codificación el Derecho mercantil perdió parte de ese carácter consuetudinario¹⁰², no hay que olvidar que el Derecho mercantil se formula basándose en la codificación de los usos, ya cristalizados, cuando éstos adquieren el carácter de universalidad y necesidad¹⁰³; razón por la que los Códigos mercantiles no pudieron ignorar este dato y fueron respetuosos con el uso¹⁰⁴, conscientes, posiblemente, de sus propias imperfecciones técnicas, dado el carácter y finalidad de permanencia con el que son creados, y, por ende, la imposibilidad de que puedan prever todas las situaciones que se produzcan en el futuro.

Ello justifica que, pese a la primacía de la ley, el uso de comercio conserve hoy, en contra de lo que pudiera parecer en un principio¹⁰⁵, un papel relevante, si bien no equiparable al que tuvo en épocas históricas anteriores, como fuente

Código Civil regirá tan sólo como supletorio (ello se expresó en el originario art. 12 CC, sustituido por el actual art. 13 CC, tras la reforma de 1974), posibilitando así que en estos territorios se pueda aplicar la costumbre local antes que la Ley general contenida en el Código Civil.

¹⁰¹ Así lo hace por primera vez el A.H.G.B., Código de Comercio alemán, de 1861, cuando establece en el art. 1 que “*en materia comercial, los usos de comercio y, en su defecto, las reglas generales del Derecho civil se aplicarán ante el silencio del presente Código*”.

¹⁰² En la doctrina mercantilista francesa del s. XIX, autores como DELAMARRE y LEPOITVIN ya abogan por esta autonomía del Derecho mercantil, propio de las operaciones mercantiles.

Otros, como MASSÉ, que pretenden que el Derecho mercantil siga respondiendo a los esquemas civilistas, consideran que la anterior doctrina supone una tendencia arriesgada y opuesta a los principios de la codificación, al relegar al Código Civil e, incluso, al propio Código de Comercio, a una posición secundaria; y se alude, así, a los inconvenientes del uso, principalmente en la comprobación de su existencia y certeza. Estos inconvenientes ya fueron apreciados en la Edad Media, en lo relativo a los caracteres del uso, los actos de su establecimiento, su frecuencia, su uniformidad y, sobre todo, la dificultad de su prueba.

¹⁰³ Hay que señalar, no obstante, que la codificación del ordenamiento mercantil, a través de los usos de comercio más precisos, que alcanzan así la categoría de leyes formalmente constituidas, no implica que se limite el ámbito de aplicación de los usos, pues éstos surgen continuamente, por necesidades del tráfico mercantil, ante la imposibilidad de que el legislador regule todos los supuestos que se puedan producir (ello explica el continuo desfase entre el Código de Comercio y la realidad del tráfico regulado). Por tanto, los usos se anticipan a la propia ley formal.

¹⁰⁴ En nuestro Código de Comercio ello llega hasta el punto de asignarle al uso primacía sobre la ley civil, en el art. 2.

¹⁰⁵ Dicho planteamiento está motivado por la proliferación de las disposiciones legales y de las condiciones generales de la contratación. Sin embargo, los hechos demuestran que la actividad económica evoluciona de manera mucho más rápida que las leyes escritas y que los propios formularios contractuales; de ahí surge la necesidad de utilizar los usos de comercio, presentes ya (es decir, no es necesario configurarlos con un carácter teleológico, agotándose en cuanto cumplen el objetivo para el que fueron creados) en el tráfico mercantil diario, para evitar el desfase entre los ámbitos jurídico y económico.

del Derecho mercantil, fundamentalmente en el tráfico diario de la empresa¹⁰⁶, que está caracterizado por su carácter dinámico y profesional. Lo cual es especialmente significativo en el comercio internacional de la sociedad post-industrial actual, en donde los usos de comercio internacionales desempeñan una función destacada en el ámbito contractual (tanto entre empresarios como entre éstos y los consumidores), en un contexto regido por la globalización de los mercados. En estas circunstancias, está surgiendo una *Nueva Lex Mercatoria* (*International Law Merchant*), de ámbito supranacional¹⁰⁷, que es planteada, precisamente, por los operadores comerciales internacionales (principalmente, empresas multinacionales), que operan en multitud de países¹⁰⁸. Característica fundamental de esta *Nueva Lex Mercatoria* es su intento por dotarse de uniformidad, como se puede apreciar en el ámbito contractual, imponiéndose las condiciones generales preestablecidas por la sociedad matriz; de forma que, en cada país en donde opera la multinacional, las únicas especialidades se limitan a una mera traducción lingüística de los textos contractuales¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Para URÍA “dentro del campo genérico de las normas consuetudinarias, los usos de comercio entran en la categoría especial de usos de los negocios o usos del tráfico, nacidos en el seno mismo de la contratación mercantil” (URÍA, R., *Derecho Mercantil*, cit., p. 20).

¹⁰⁷ GALGANO alude, en este punto, a los contratos *on line*, en donde el derecho estatal resulta limitado por las reglas comunes de Derecho internacional privado. Estas reglas, señala, están constituidas, básicamente, por normas de derecho consuetudinario, que se imponen a los derechos nacionales, y que las partes del contrato no pueden derogar, de lo que se infiere, según este autor, su carácter de usos normativos, y no de simples usos contractuales [GALGANO, F., «*Lex Mercatoria, shopping* del Derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales» (trad. por MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P.), en *RDM*, núm. 247, 2003, pp. 15 y 16].

¹⁰⁸ Las reglas de la *Nueva Lex Mercatoria* están integradas básicamente por tres ámbitos de producción:

1) Principios generales del Derecho, relativos a las relaciones comerciales internacionales, tales como *pacta sunt servanda*, *actor incumbit probatio*, cumplimiento de las obligaciones de buena fe, etc.

2) Usos y prácticas uniformes observados en la práctica comercial internacional, y que determinadas asociaciones públicas o privadas proponen integrar en “conjuntos normativos” para ser observados en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales (p.ej. las “Reglas y Usos Uniformes relativos a créditos documentarios” o los INCOTERMS, recopilados, en ambos casos, por la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París).

3) Reglas consagradas por la práctica arbitral internacional, de forma que el precedente arbitral opera como una regla, sino vinculante, sí, al menos, dotada de un alto grado de acatamiento en la propia práctica arbitral, en donde están asentadas.

¹⁰⁹ A tal fin, se esgrimen tanto razones económicas, como jurídicas, para dicha uniformidad (razones que, sin duda, facilitan la difusión de la *Nueva Lex Mercatoria*), demandándose un régimen jurídico estable y que responda con prontitud a las cuestiones que a diario se les

Por tanto, ambas clases de fuentes del Derecho, ley y uso de comercio, son perfectamente compatibles entre sí y complementarias, ya que, frente al carácter de generalidad y universalidad del derecho escrito o positivo, el derecho consuetudinario se configura como un derecho relativo (en el ámbito de materias, personas, espacio, tiempo y circunstancias), cuya vigencia es plena y efectiva cuando la ley positiva no es capaz de prever y regular un supuesto concreto¹¹⁰. En definitiva, no es posible limitar el derecho a un mero reduccionismo positivista [el cual se resume en la frase "*Recht ist was gilt*", el derecho es la ley vigente (escrita, positiva)], pues el derecho escrito no es capaz de prever todos los supuestos posibles que se pueden producir en el tráfico mercantil, el cual se asienta básicamente sobre el principio de buena fe contractual.

C.- CONCEPTO.

plantean; para ello, se pretende configurar un ordenamiento jurídico válido en varios Estados, tendente a evitar normas de conflicto.

La vía convencional (convenios internacionales) para lograrlo, sin embargo, presenta especiales dificultades, como se pone de manifiesto en posiciones jurídicas, a veces, enfrentadas entre los distintos Estados parte, reflejadas en el propio régimen de reservas a los Tratados, e, incluso, por la indiferencia de los propios Estados en lograr un Derecho Internacional uniforme.

Por ello, se está abriendo paso una labor de unificación de los usos y prácticas mercantiles internacionales usualmente empleados, propugnándose un "Derecho *transnacional*", generado por la "sociedad internacional de los comerciantes" (*societas mercatorum*), específico del comercio internacional. Este Derecho está dotado de un régimen normativo (de carácter fragmentario, pues sólo contempla determinados aspectos de la contratación internacional) y sancionador (ciertamente débil, y limitado a un mero *boicot* del comerciante afectado), y de un sistema arbitral propios, autónomo respecto a los diferentes sistemas estatales de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, no está exento del control del Derecho estatal, al que, frecuentemente, no siempre, cuando resulta insuficiente, acude, a través de los laudos arbitrales, tanto en el ámbito sustantivo, en la regulación de un contrato, como en garantía de su cumplimiento forzoso, merced a los medios coactivos del Estado, de los que no dispone.

¹¹⁰ En iguales términos, SANCHO REBULLIDA, para quien "en suma, creo que este replanteamiento demuestra que el enfrentamiento ley-costumbre no es tan drástico en la realidad como en la doctrina (...). Costumbre y ley tienen ámbitos distintos y normalmente compatibles de manifestación y vigencia; y que, en este sentido, son fuentes independientes y concurrentes" [SANCHO REBULLIDA, *Tratamiento actual de las Fuentes del Derecho Civil Navarro*, Lección inaugural del Curso 1984-85 (Universidad de Navarra), Pamplona, 1984, p. 19].

a) Rasgos generales.

El término “uso de comercio” es difícil definirlo, dada su contingencia, ya que está referido singularmente a elementos de materia, espacio, tiempo y circunstancias; por tanto, hay que examinarlo en cada caso concreto. Ello explica la paradoja, por un lado, del sometimiento a los mismos, cuando se reconoce su existencia y la conveniencia de su aplicación; y, por otra, que no pueda haber un cuerpo jurídico sistemático y general sobre los usos de comercio, en el sentido de código, dada la inmutabilidad de este cuerpo legal; mientras que los usos son elementos vivos, en permanente dinamismo, producto de la sociedad en la cual surgen, y que desaparecen cuando se convierten en ley general, al universalizarse en espacio y tiempo, cristalizándose en un texto legal¹¹¹, o bien cuando ya no cumplen la función que originariamente cumplían, entrando en desuso¹¹². Por todo ello, a lo más que se puede aspirar es a una compilación de los mismos, como Derecho consuetudinario, vigente en un momento y lugar determinados¹¹³, lo que justifica la necesidad de revisiones periódicas de cada compilación¹¹⁴.

Estas dificultades justifican la falta de una regulación jurídica de la costumbre y de los usos de comercio¹¹⁵. Pese a todo, de la observación de los

¹¹¹ Ello permite comprobar la existencia de una amplia gama de usos, según su ámbito de generalidad, entendida ésta bien como grado de cristalización o bien como grado de aceptación común en su utilidad y en sus coordenadas de materia, espacio, tiempo y circunstancias.

¹¹² La costumbre, como tal norma jurídica, al igual que la ley, puede ser desusada, quedándose sin virtualidad práctica. VILLAR ROMERO opinaba que “no siendo la costumbre sino un uso repetido y constante con ánimo de obligarse, es indiscutible que cuando deje de practicarse el uso en el que la costumbre consiste y se basa, desaparece la última como tal norma jurídica” (VILLAR ROMERO, J. M^a., «El desuso de las normas jurídicas», en *RDP*, 1971, p. 714).

La prueba del desuso, a instancia de parte o de oficio cuando al Juez le conste dicho efecto jurídico, permite negar la aplicación de una costumbre que ha sido alegada.

¹¹³ Como señala PERPIÑÁ Y GRÁU, “cada uso o práctica en sí, y dentro de su campo de vigencia, es, pues, un precepto por consentimiento tácito” (PERPIÑÁ Y GRÁU, R., «Prólogo», en *Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles seguidas en España*, Madrid, 1964, p. 19).

¹¹⁴ GARRIGUES, en este punto, destaca que, precisamente, la legislación mercantil, en todo tiempo, “ha sido en su mayor parte compilación y revisión de usos” (GARRIGUES, J., «Los usos de comercio...», cit., p. 822).

¹¹⁵ Esta omisión jurídica se encuentra en el movimiento codificador, el cual supuso la preponderancia de la ley como fuente del Derecho; y, respecto a la costumbre, como hemos visto en el núm. Marginal 100, adopta varias posturas, que oscilan entre su total exclusión o su

usos es posible extraer unas conclusiones generales, que nos permitan aproximarnos a un concepto de los mismos. Como señala URÍA, los usos de comercio “son normas de Derecho objetivo creadas por la observancia repetida, uniforme y constante de los comerciantes en sus negocios”¹¹⁶. Por su parte, para ALBERTO BERCOVITZ, quien, además, identifica uso de comercio con costumbre mercantil, “los usos de comercio son prácticas realizadas con carácter general dentro de un sector de la actividad económica o en una plaza determinada, cuando tales prácticas tienen efectos jurídicos y se consideran vinculantes en el ámbito comercial en el que tienen lugar sin necesidad de haberlas pactado expresamente”¹¹⁷.

En todo caso, hay que partir de la consideración de los usos de comercio como usos sociales, propios de los comerciantes, pero con una transcendencia jurídica, equiparable a la misma costumbre. De forma que, en su análisis, quedan excluidas aquellas meras prácticas individuales, o que, teniendo una proyección social, no alcanzan a obtener valor jurídico; dada su variedad y virtualidad jurídica, su consideración como costumbre, a efectos jurídicos, implicará la concurrencia de los mismos requisitos exigidos a ésta.

b) La costumbre y el uso de comercio: la cuestión de la distinción o equiparación entre costumbre y usos jurídicos.

La distinción tradicional entre “uso” y “costumbre” no ha sido objeto de la adecuada atención doctrinal¹¹⁸, aunque, como veremos, a continuación, esta cuestión tiene una significación jurídica importante¹¹⁹.

reconocimiento (bien por remisión de la Ley o bien de forma autónoma, pero con carácter supletorio).

¹¹⁶ URÍA, R., *Derecho Mercantil*, cit., p. 20.

¹¹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes...*, cit., p. 111.

¹¹⁸ Salvo la excepción de algunos autores, como RUBIO (*vid.* RUBIO, J., *Introducción...*, cit., pp. 390 y ss.).

¹¹⁹ Ya en latín, *usus* se emplea y se interpreta como uso, práctica, costumbre, trato, utilidad e incluso necesidad. Y estas acepciones se conservan en castellano desde la mitad del siglo XIII hasta nuestros días, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

En ambos casos, su mención en el art. 1 (aps. 1 y 3) CC y art. 2 CCo. pone de manifiesto la existencia de una pluralidad de fuentes (materiales) de creación del Derecho, hecho que el propio ente estatal no pudo ignorar al emprender la tarea codificadora, viéndose obligado a reconocer legalmente, junto a él, a otras fuerzas sociales con capacidad normativa.

Sin embargo, se puede apreciar un diferente tratamiento formal por el propio Estado, al admitir en el art. 2 CCo. el carácter prevalente de los usos del comercio (además de la ley especial mercantil) sobre la propia *ley* (común), nota destacada de la que carece la costumbre civil¹²⁰. Y que, en líneas generales, supone un intento del codificador mercantil del reconocimiento de la especialidad de este ordenamiento y de sustraer de la ordenación sistemática común a las normas mercantiles. Precisamente, la especialidad del Derecho mercantil deriva de un mayor respeto legislativo al uso, cargado de menos prejuicios que el de costumbre, y que supone que la *autonormación* de los comerciantes es merecedora de consideración legal.

Sin embargo, la voz “costumbre” ya se utiliza en castellano, en su forma actual, a mitad del siglo XII, y en el siglo XVI se acoge su derivada, “consuetudinario”, lo que pone de manifiesto la distinción originaria en los propios textos españoles entre uso y costumbre [así, en las Partidas se dice que “*nasce del tiempo uso, e del uso, costumbre; e de la costumbre, fuero*” (Part. 1; 2 Proemio), esto es se establece al uso y a la costumbre en una relación de causa a efecto, en donde el uso es un elemento de hecho previo y distinto a la costumbre, la cual sí tiene la consideración de fuente del Derecho). Pero el término “uso” se va afirmando y se confirma en elemento prejurídico, de forma que ya se identifica con costumbre, cuyo ámbito es ya “*derecho o fuero que non es escripto*” (Partida Ley primera).

Respecto a nuestro Código de Comercio, los vocablos “uso” y “costumbre” se utilizan indistintamente en su articulado (cfr. arts. 261 y 651, así como los arts. 489 y 528, antes de su derogación éstos por la LC de 1985). Ello supone que, con carácter previo, excluyamos del análisis del término “uso” determinados significados, referidos al verbo “usar” (p.ej., art. 618.5º.) o que se traten de usos de hecho o técnicos (arts. 362, 820.1º.), centrándonos en aquellos usos aludidos en el Código de Comercio bien como recursos interpretativos de las cláusulas contractuales oscuras o confusas, bien como fuentes del Derecho, criterio que permite la diferenciación de los usos en interpretativos y normativos, en base a la función que tengan atribuida, como tendremos ocasión de examinar en el ap. II.-E.-a).

¹²⁰ P.ej., el art. 53 CCo., cuyo texto literal permanece inalterado desde la aprobación del Código en 1885, expresa que “*las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio*”, lo que supone una consideración especial a los usos de comercio (*contra legem*), manifestada en la resaltada conjunción.

La discusión en cuanto a la equiparación o distinción se plantea *principalmente*¹²¹ a partir de la reforma del Título Preliminar del Código Civil en 1974 cuando se establece en el art. 1.3, párr. 2º., del CC que “*los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre*”¹²². De forma que, por un lado, se identifica a la costumbre y a los usos jurídicos (o normativos)¹²³, y, por otro lado, a los usos jurídicos se les reconoce ahora, dualmente, su condición de

¹²¹ Ya en el art. 1976 CC se establece una sinonimia entre los términos “uso” y “costumbre”, al establecer la derogación de “*todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código (...)*”.

¹²² Este precepto responde a la exigencia de la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, para la reforma del Título Preliminar, cuyo art. 2º. establecía: “*La costumbre regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no vaya contra la moral o el orden público, valorándose la eficacia creadora de los usos sociales con transcendencia jurídica*”.

El art. 2º. de la Ley de Bases dará lugar al art. 1.3 CC, cuyo párr. 2º. introduce como novedad la consideración de costumbre a los usos jurídicos no interpretativos. La Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, propone la siguiente interpretación de este nuevo artículo: “*La costumbre, ampliada al no circunscribirla a la del lugar y al conferir valor de costumbre a los usos jurídicos no meramente interpretativos, (...)*”; esto es, la costumbre ha sido ampliada, al eliminarse su carácter de “*local*” y al conferirse idéntico valor a los usos jurídicos, como examinaremos en el ap. II.-E.-c) a’), con el objetivo de actualizar el tratamiento jurídico de la costumbre y de facilitar, a través de ella, la adaptación del ordenamiento jurídico a la realidad social que ha de regular.

CORTÉS DOMÍNGUEZ sostiene que, de los trabajos preparatorios, parece desprenderse que con la enigmática expresión entrecomillada (de “*los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre*”) “se estaba aludiendo fundamentalmente a usos que presentan carácter mercantil o, mejor, que surgen y se aplican a la realidad mercantil”; y que, siguiendo la diferenciación, planteada por la doctrina mercantilista, de los usos en normativos e interpretativos, esta distinción tiene acogida en el precepto aludido, como afirma igualmente GARRIGUES, quien se expresa en los siguientes términos: “la distinción entre estas dos clases de usos aparece expresamente en la nueva redacción del art. 1 CC, en cuyo apartado tercero se equipara la costumbre al uso normativo, otorgándole así la consideración de fuente del Derecho, y contraponiéndolo al uso interpretativo” (GARRIGUES, J., *Curso...*, cit., p. 124). En este sentido, aprecia dos razones por las que el uso normativo tiene consideración de fuente del Derecho en el Código Civil, en la reforma de 1974, cuando, teóricamente, ya lo era en el Código de Comercio: “en primer lugar, el precepto, clarificando una serie de cuestiones discutidas, *consolida* la operatividad del uso como fuente del Derecho”, y “en segundo término, la norma supone una indudable *flexibilidad* del sistema de fuentes del Derecho mercantil, es decir, supone una *actualización* del mismo”, pues actúa como filtro normativo de nuevas realidades jurídicas (CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. F., «Reflexiones...», cit., pp. 499 y 502).

DE CASTRO, por su parte, considera que la razón de que hoy pueda hablarse indistintamente de costumbre y usos está en el recelo del Estado hacia las organizaciones o grupos que les son extraños, lo que ha motivado que, casi automáticamente, la especialidad de origen de la norma consuetudinaria pase a un lugar secundario que, prácticamente, le quitará casi toda significación jurídica. De este modo, dice, la costumbre es *asimilada* en su significado, y hasta terminológicamente, al uso social (DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1949, reimpr. 1984, p. 397).

¹²³ *Vid.* el núm. Marginal 182.

fuerza tanto del Derecho civil como del Derecho mercantil¹²⁴; y lo que, anteriormente a la reforma del Código Civil en 1974, parecía inducir a la distinción entre la costumbre civil y el uso de comercio, como específicos de ambos órdenes jurídicos, ahora es objeto de confusión¹²⁵.

¹²⁴ Esta reforma del Título Preliminar del Código Civil, en cuanto al tema de la costumbre, fue inspirada en la labor realizada por DE CASTRO y GARRIGUES, al respecto.

Por un lado, GARRIGUES, básicamente, en su trabajo, cit., «Los usos de comercio (Significación del uso para el Derecho mercantil)», en *RDP*, 1944, pp. 822 y ss., incidirá en la atribución del valor del uso como fuente del Derecho, intentando potenciar el carácter consuetudinario del Derecho mercantil, utilizado por los sujetos del tráfico jurídico-mercantil. Su tesis sería que la función de los usos no es diversa, sino que lo diverso son los usos mismos.

Por su parte, DE CASTRO desconfía de la costumbre y de su vertiente de sombra (*vid.* DE CASTRO, F., *Derecho Civil...*, cit., p. 375), siendo partidario del positivismo legalista, como el medio más eficaz para ordenar los comportamientos individuales desde las exigencias del bien común general, y no desde los intereses sectoriales y de grupos. No obstante, el respaldo estatal actual a la costumbre, lo que conlleva a que no sea necesaria la *opinio iuris*, suplida por dicho respaldo, va a conducir a este autor a considerar como costumbre a los usos que pueden imponerse como contenido necesario de los contratos; pero advierte que los usos normativos sólo pueden tener aplicación en defecto de ley dispositiva, ante la amenaza de unas condiciones generales de los contratos que pretenden imponerse como expresión de Derecho consuetudinario (*vid.* DE CASTRO, F., *Las condiciones generales...*, cit., p. 43). A diferencia de GARRIGUES, sostiene que un mismo uso puede desempeñar distintas funciones.

Para DÍEZ-PICAZO, “en el nuevo Título Preliminar de nuestro Código Civil ha triunfado la primera línea, mercantilista, de Garrigues, sobre cualquier otra” (DÍEZ-PICAZO, L., «Comentario al art. 1.3 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I, Madrid, 1977, p. 63). Sin embargo, para SANCHO REBULLIDA: “Finalmente, en el texto articulado por Decreto de 31 de mayo de 1974 la equiparación a la costumbre se refiere a ‘los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos’. Con ello parece triunfar – desviándose de las Bases – la dirección preconizada por el profesor De Castro” (SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, I, Barcelona, 1988, p. 196).

¹²⁵ En última instancia, la reforma del Título Preliminar del Código Civil, en materia de usos, se plantea porque la cuestión de su admisibilidad continúa abierta.

Pero los autores de la reforma son conscientes de que las soluciones que se aporten en la actualidad no pueden ser las mismas que las aportadas por la dogmática tradicional (esto es, la que examina el Derecho positivo anterior a 1974), en un momento histórico en el que el poder de normación de determinadas fuerzas sociales está aumentando, en detrimento del poder legislativo del Estado (este fenómeno no es exclusivo del Derecho mercantil, como se puede apreciar en materia de convenios colectivos entre trabajadores y empresarios). Ello se plasma en dos aspectos concretos:

1) Por un lado, en la reforma se ha procedido a un robustecimiento del carácter general de las fuentes del Derecho, lo que implica la ordenación general de la costumbre o el uso, con relación a todos los grupos sociales, y no en referencia a un determinado grupo social (p.ej. el de los empresarios).

2) Por otro lado, ahora se exige explícitamente que el uso cumpla los mismos requisitos que la costumbre para su consideración como fuente complementaria del ordenamiento jurídico.

Ambos elementos, implican la cuestión de la conveniencia o no de una regulación legal específica de los usos de comercio en el tráfico mercantil moderno, tal y como se ha abordado en el Derecho comparado.

En realidad, esta norma cuando dice “(...) *tendrán la consideración* (...)”, lo que hace es equiparar el uso normativo (o jurídico) a la “costumbre”, es decir, como *fuentes* del Derecho objetivo, en cuyo caso, el uso actuará *por efecto de la ley*; lo cual es distinto a considerar al uso normativo como Derecho objetivo (entonces, el uso operaría *en defecto de ley*). Por tanto, la cuestión de la equiparación del uso normativo y la costumbre civil se centra en los problemas derivados de su relación con la ley y el Derecho objetivo en general, y que se analizará en el ap. II.-G.-.

Hoy, si bien un sector doctrinal insiste en conservar esta distinción de carácter material¹²⁶, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia¹²⁷ reconocen que

¹²⁶ Así, para DÍEZ-PICAZO: “Nos parece equivocado establecer una equiparación entre ciertos usos sociales con transcendencia jurídica y las costumbres como normas consuetudinarias (...). Todo lo cual es, a nuestro juicio, más que dudoso, dado que, insistimos una vez más, no se trata de auténticas normas jurídicas, sino de puros elementos utilizados en los supuestos de hecho de otras normas” (DÍEZ-PICAZO, L., «Comentario...», cit., pp. 69 y 70).

Otros autores distinguen el uso del comercio y la costumbre civil porque en aquél, dicen, basta la existencia de una práctica reiterada. En esta línea se sitúa el pfr. ALBALADEJO cuando afirma que “(...) aun distinguidos y constatado que una cierta práctica carezca de *opinio iuris*, por lo que no sería costumbre, sino uso, no se le quita su valor normativo”; y, a continuación, que “aun no siendo *costumbres*, en el sentido estricto de este término, tienen relevancia jurídica y, por disposición de la ley, se acude a ellos (para regular jurídicamente un punto o para interpretar la voluntad de las partes en los negocios jurídicos)” (ALBALADEJO, M., *Curso...*, cit., pp. 69, y 74 y 75).

Por su parte, CORTÉS DOMÍNGUEZ considera que el sistema de fuentes anterior a la reforma de 1974, establecido en el antiguo art. 6 CC, no resulta modificado sustancialmente, y que “las divergencias entre el sistema general-civil y mercantil de fuentes se reducían, dejando a un lado la obvia distinción entre leyes civiles y mercantiles, a que, de una parte, el legislador mercantil no mencionaba como fuente a los principios generales del Derecho; y, de otra, a que mientras aquél llamaba en segundo lugar, tras la ley, a los «usos del comercio», el civil lo hacía a la «costumbre»” (CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. F., «Reflexiones...», cit., p. 497).

GORDILLO CAÑAS también es partidario de tal distinción, afirmando, al respecto, que la costumbre sería “una norma supletoria de la ley”; y el uso “un dato objetivo supletorio del pacto o integrador del mismo”, es decir, con función supletoria de la voluntad privada (*vid.* GORDILLO CAÑAS, A., «Comentario al artículo 1, apartado 3, del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I - vol. 1º (*Artículos 1 a 7 del Código Civil*), Madrid, 1992, pp. 124 y 125, 134 y 135, y pp. 139 y ss.).

Vid., igualmente, otros autores, que admiten la citada equiparación. Entre otros, DE DIEGO, *El uso, los usos sociales y los usos convencionales en el Código Civil español*, Madrid, 1920, pp. 19 y ss.; GARRIGUES, J., «Los usos de comercio...», cit., pp. 832 y ss.; DE CASTRO, F., *Derecho Civil...*, cit., p. 379; RUIZ VADILLO, *La costumbre en el Código Civil español después de la reforma del Título Preliminar*, Pretor, 1974, pp. 506 y 507; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil español*, I, 1982, pp. 141 y ss.

¹²⁷ Existen sentencias aisladas en las que se distingue entre costumbre y uso. Entre éstas, la STS (Sala de lo Civil), de 21-6-1985 (RJ 1985\3305), que dice “(...) *sin que la referencia a los usos que el Juez de instancia hace no sea más que la utilización de los usos de comercio que cita como criterio de interpretación de la conducta de las partes para la probanza del contrato, no como usos normativos para regular su validez y efectos*” (Cdo. 3º.).

la equiparación entre usos y costumbre que realiza el art. 1.3 CC¹²⁸ no ofrece dudas respecto a sus *efectos jurídicos*¹²⁹; ello implica que el legislador quiere que se guarden las limitaciones que para su eficacia señala a la costumbre (*vid.* la STS de 16-11-1985); de otro lado, mantener lo contrario podría afectar a la teoría del uso en cuanto a su claridad y fijeza. En consecuencia, ambos, usos y costumbre, dada su equiparación, han de reunir *los mismos requisitos*¹³⁰, para su consideración como fuente del Derecho.

No obstante, lo más habitual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo es la referida equiparación, pero atribuyendo una significación que conduce a una confusión terminológica, al darles un tratamiento unitario. Así, p.ej., la STS (Sala de lo Civil), de 9-10-1981 (RJ 1981\3595) cuando dice “(...) *la cuestión litigiosa (...) habría de encontrar solución acudiendo a los usos de comercio interpretativos en conformidad al art. 2º. del referido Código, como fuente subsidiaria de interpretación de los actos de comercio*” (Cdo. 5º.), en realidad se está refiriendo a los usos interpretativos, pero los plantea como costumbre, y, por consiguiente, como fuente del Derecho, lo cual no es correcto. Esto es, el Tribunal Supremo se posiciona junto a un sector doctrinal minoritario, que reconoce sólo una clase de usos de comercio, de naturaleza normativa, que cumplen diferentes funciones (normativas e interpretativas).

Sin embargo, la doctrina mayoritaria distingue, junto a los usos normativos, los usos negociales, que cumplen una función de integración de la voluntad contractual, por remisión de la Ley; lo cual es distinto a la consideración legal de la costumbre como fuente del Derecho, de carácter subsidiario, a la que están asimilados los usos normativos. Sobre esta distinción de los usos, véase más profundamente el ap. II.-E.-a)c’).

¹²⁸ En el Código Civil hay múltiples referencias a los usos de los negocios, con diversas denominaciones, tales como: uso (“uso”, art. 1258; “usos locales”, art. 1496), costumbre (así “costumbre”, arts. 1453 y 1599; “costumbre del lugar”, art. 1520; “costumbre de la tierra”, arts. 1555, 1574 y 1750; “costumbre del pueblo”, art. 1580) o, incluso, como “uso o costumbre del país” (art. 1287).

¹²⁹ Para RUIZ VADILLO, “como el legislador español de la reforma dice que los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre, parece claro que, al menos, en la terminología legal, uso jurídico y costumbre no son lo mismo, aunque se les conceda a ambas figuras el mismo grado de eficacia” (RUIZ VADILLO, *La costumbre...*, cit., p. 29).

Por su parte, para DE CASTRO, los usos no precisan los requisitos propios de la costumbre, “porque basta la remisión hecha en su favor por la ley” (DE CASTRO, F., *Las condiciones generales...*, cit., p. 30).

¹³⁰ En esta línea, BATLLE: “La redacción actual del Código Civil (...) ha borrado la distinción entre uso normativo y costumbre al decir que: ‘los usos jurídicos (...)’. Claro que para que así sea el uso habrá de reunir las condiciones de reiteración, *opinio iuris*, etc.” [BATLLE VÁZQUEZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por ALBALADEJO, M.), I, Madrid, 1978, p. 54].

D.- REQUISITOS.

El establecimiento de tales requisitos se hace necesario para conocer cuándo se entiende formada una costumbre, y, en consecuencia, cuándo es fuente de creación del Derecho, dado que se trata de una fuente no escrita.

Ante la escasez de datos del Derecho positivo para conocer cuáles son tales requisitos¹³¹, hay que acudir, para suplir lo que falta, a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo¹³², así como a los principios generales del Derecho (*sic*, art. 1.4 CC), y, también, a nuestro propio Derecho mercantil histórico, formado, como hemos visto, por la práctica de los usos del comercio.

En nuestro Derecho histórico, las Partidas, que elaboraron una regulación completa de la costumbre, exigían para que un uso adquiriese el carácter de norma jurídica consuetudinaria: 1) su concordancia al Derecho natural y al bien común; 2) carácter público, tolerado por el legislador, constante y general durante diez o veinte años; y 3) la existencia de dos sentencias judiciales

¹³¹ En la redacción primitiva del Código Civil de 1889 tampoco aparecían enumerados los requisitos que la costumbre había de reunir para considerarse una auténtica fuente del Derecho, necesarios para su clara identificación y diferenciación de las demás fuentes del Derecho, así como para saber cuándo una mera práctica social tiene la consideración de costumbre. Esta omisión está motivada, quizás, por su inclusión, a última hora, en este cuerpo normativo, para dar satisfacción a los requerimientos foralistas, según ha advertido GORDILLO CAÑAS (GORDILLO CAÑAS, A., «La costumbre: ¿fuente autónoma...?», cit., p. 425).

Ello permitió a los comentaristas de la época considerar que perduraba la doctrina tradicional, especialmente la nacida en la glosa de las Partidas, que contenían un tratamiento muy completo de esta materia. Así, ya en 1909, VALVERDE afirmaba: “El Código nada dice respecto a las condiciones y requisitos de la costumbre, es muy parco en lo que a este extremo se refiere y deja sin duda a la libre investigación científica y a la jurisprudencia llenar este vacío y apreciar en cada caso concreto la existencia y prueba de la costumbre local” (VALVERDE, *Derecho Civil Español*, t. I, 1909, p. 167).

¹³² En este sentido, los principales motivos por los que el Tribunal Supremo no aplica una costumbre son, además de la falta de concreción de los elementos o requisitos de la costumbre o la falta de prueba de su existencia [*vid.* la STS de 3-1-1933 (RJ 1933\1404); y la STS de 22-1-1953 (RJ 1953\258)], el ser contraria a la Ley [STS de 28-10-1927].

En particular, según la citada STS de 3-1-1933, “*tampoco puede prevalecer el segundo motivo del recurso porque para nada se adujeron en el pleito los usos mercantiles, ni en su consecuencia se concretaron ni probaron cuáles fueran los que se suponen infringidos*” (Cdo. 2°).

Por su parte, en virtud de la STS de 22-1-1953, cit., “*procede desestimar también el motivo tercero, no tan sólo por la falta de prueba del elemento externo – repetición constante de actos uniformes en la misma comarca – y falta también de la “opinio iuris” o elemento interno, que dan vida al derecho consuetudinario, sino, además, porque la costumbre “praeter legem” sólo está admitida en el Código Civil como supletoria fuente de derecho, en defecto de regla legal aplicable al caso controvertido, supuesto distinto del contemplado en el pleito*” (Cdo. 2°).

uniformes dictadas de acuerdo al mismo [Part. 1; 2 (“*Del uso, e de la costumbre, e del fuero*”); 2 y 5].

El vigente art. 1.3 CC, tras la reforma de 1974, se limita a decir que “*la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada*”; es decir, sólo se alude a lo que se conoce como *requisito de legitimidad* (esto es, que la costumbre no sea contraria a la moral o al orden público). En el dictamen de la Ponencia en la Comisión de Justicia de las Cortes se reconoce expresamente que se han dejado fuera especialmente algunos requisitos, bien porque unos podían resultar evidentes, bien porque otros han resultado siempre discutidos (racionalidad, *opinio iuris*, etc.).

a) Elementos constitutivos.

Ante todo, es imprescindible que haya una práctica generalizada dentro de un sector mercantil o en una plaza determinada (uniformidad del uso); es decir, no puede ser uso del comercio una práctica unilateral¹³³. Asimismo, dicha práctica ha de ser continuada¹³⁴ durante un cierto período de tiempo (constancia del uso).

¹³³ P.ej., a propósito de la práctica unilateral de las entidades de crédito que no cobraban el “interés nominal” pactado sino el “real”, la STS (Sala de lo Civil), de 8-4-1994 (Recurso núm. 1415/1991) (RJ 1994\2733), dice expresamente: “*La existencia de una norma derivada del uso no nace de una voluntad individual aunque se repita, sino que requiere la convicción de cumplimiento de una norma jurídica («opinio iuris»), que, a su vez, encuentra su origen en una voluntad concorde de las partes, aquí inexistente cuando se afirma que los intereses reales o efectivos se pueden determinar de muy diversas formas y en el contrato no se especifica la empleada*” (F.D.2°).

¹³⁴ Así, en la STJCE (Pleno), de 16-3-1999 [Cuestión prejudicial, Asunto C-159/1997 (*Transporti Castelletti SpA c. Hugo Trumpy SpA*) (TJCE 1999\63), Ap. 45] se declara que la existencia del conocimiento del uso “*quedará acreditada, con independencia de toda forma de publicidad específica, cuando en el sector comercial en el que operan las partes se siga de modo general y regular un determinado comportamiento al celebrar cierta clase de contratos, de modo que pueda considerarse como una práctica consolidada*”.

Las notas de constancia y uniformidad, que permiten calificarlas como requisitos de naturaleza objetiva del uso¹³⁵, y que han de ser apreciadas, en su caso, por el juzgador de primera instancia, no tienen carácter absoluto y previo, ya que puede existir continuidad en la práctica, y, al mismo tiempo, en un momento determinado, la realización de actos contrarios, si bien con carácter ocasional, no permanente.

Por otro lado, el grado necesario de constancia y uniformidad siempre dependerá del ámbito de aplicación del uso, que se alcanza cuando dichos elementos se espiritualizan, esto es cuando existe conciencia en el tráfico de que tales actos responden a una norma de conducta.

b) Elemento espiritual.

Este elemento consiste en la convicción social de su obligatoriedad. Es la vieja exigencia de la *opinio iuris vel necessitatis*¹³⁶. La finalidad de este requisito es que dicho comportamiento práctico produzca efectos jurídicos (esto es, efectos en las relaciones jurídicas entre los intervinientes en el mercado), y, además, que quienes intervienen en esa actividad económica consideren que ese comportamiento o esa práctica les vincula sin necesidad de haberlo pactado expresamente; es decir, es la voluntad social de *regulación jurídica* de una determinada conducta¹³⁷.

¹³⁵ La STS de 22-1-1953 (RJ 1953\258) se refiere al elemento externo de la costumbre, cuando alude a “*la repetición constante de actos uniformes en la misma comarca*” (Cdo. 2º).

¹³⁶ Al respecto, la STS (Sala de lo Civil), de 8-4-1994 (Recurso núm. 1415/1991) (RJ 1994\2733), F.D.2º., al referirse al art. 2 CCo., afirma que “*la existencia de una norma derivada del uso no nace de una voluntad individual aunque se repita, sino que requiere la convicción del cumplimiento de una norma jurídica (opinio iuris)*”.

¹³⁷ De ahí la gran importancia que la Escuela Histórica del Derecho, representada por SAVIGNY, otorga a la costumbre, como genuina manifestación del espíritu del pueblo, auténtico creador del Derecho.

GOLDSCHMIDT, representante de esta Escuela jurídica, alude a este requisito para referirse, no a la convicción de la necesidad de la norma jurídica, ni a su validez, ni a su obediencia, sino tan sólo a su existencia como tal norma.

La doctrina civilista moderna reacciona contra este requisito de la *opinio necessitatis*, elaborado por la Escuela Histórica, al que considera que está dotado de una fuerte dosis de romanticismo. Así, para FERRARA, “no es verdad que una convicción de esta naturaleza se

Este requisito, de naturaleza subjetiva¹³⁸, se entronca, como veremos, con el proceso de formación de la costumbre, lo que permite comprobar la existencia y vigencia del uso. El *animus* individual es irrelevante, como demuestra la propia realidad práctica, que lo desecha; bastando con la opinión social de la realización de actos de una determinada forma, en observancia de una determinada norma de conducta.

c) Elemento de legitimidad.

En su virtud, los usos no han de ser contrarios a las leyes, la moral o al orden público¹³⁹. Esto se traduce en el análisis de su eficacia (derogatoria), que expondremos más adelante.

Respecto a que el uso no puede ser contrario a la ley, ello está contemplado en el Derecho común en el art. 1.3 CC¹⁴⁰, referido a la costumbre en general¹⁴¹,

encuentre en la generalidad del pueblo, ni aun en parte del pueblo, sino todo lo más en el grupo de los usuarios” (FERRARA, *Trattato di Diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, p. 130). En nuestra doctrina patria, DE CASTRO dice que este requisito sólo tiene justificación en la doctrina de la Escuela Histórica, pero no en la española, que es desconocido, hasta la recepción de la obra de SAVIGNY, cuando algunos autores consideraron conveniente utilizar este requisito, sobre todo para diferenciar la costumbre de los usos sociales. Igualmente, GARRIGUES considera que “realmente, este elemento de la *opinio iuris* es dudoso que exista en ninguna clase de usos mercantiles, variables de región a región, de plaza a plaza, inspirados en razones de oportunidad y conveniencia económica, y practicados casi siempre sin tener ni un remoto convencimiento de su obligatoriedad independiente de la ley” (GARRIGUES, J., «Los usos de comercio...», cit., p. 826).

¹³⁸ La *opinio iuris* también se concibe en la STS de 22-1-1953 (RJ 1953\258) como el elemento interno de la costumbre, que, con el elemento externo (o “*repetición constante de actos uniformes en la misma comarca*”), dan vida al Derecho consuetudinario (Cdo. 2º).

¹³⁹ Este elemento de legitimidad es señalado por URÍA (URÍA, R., *Derecho Mercantil*, cit., p. 21).

CRISTÓBAL MONTES encuentra en estos límites a la fuerza creadora de la actuación colectiva “un evidente y razonable paralelismo con los que enmarcan la actuación del principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual (art. 1255 CC), idea esta que creemos encierra un profundo sentido armonizador” (CRISTÓBAL MONTES, A., «La costumbre, la jurisprudencia y la equidad en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español», en *RGLJ*, t. 243, núm. 5, 1977, p. 407).

¹⁴⁰ Por su parte, el Derecho foral aragonés exige que no vaya contra precepto legal imperativo (“*la costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés*”, art. 2.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, según la nueva redacción dada por la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de la Presidencia de la Diputación General de Aragón). De la lectura de este precepto, se deduce que sí se permite la costumbre contra ley dispositiva.

si bien es aplicable a los usos de comercio en virtud del art. 2 CCo., y, por tanto, éstos no pueden ser contrarios a la ley mercantil.

VALVERDE diferenció dos supuestos: “La costumbre contra ley puede ser una *consuetudo* abrogatoria, que tiende a sustituir la regla de la ley con la suya, con lo que ella establece como contrario a la primera; o puede consistir en un desuso, *desuetudo*, de las disposiciones de la ley, que se encamina a anular ésta”¹⁴².

En el originario art. 5 CC ya se introduce una norma expresa de exclusión de la *desuetudo* y de la costumbre *contra legem*¹⁴³, que recoge nuestro Derecho histórico, y que ya se había contemplado en la Novísima Recopilación, de 1805 [Nov. 3; 2 (“*De las leyes*”); 3 y 11], rompiéndose claramente con el tratamiento que se había dispensado a la costumbre en el Derecho de Partidas.

En cuanto a que el uso no sea contrario a la moral o al orden público, está establecido *expresamente*¹⁴⁴, para el Derecho común, también en el art. 1.3 CC¹⁴⁵, tras la reforma del Título Preliminar del Código Civil, en 1974.

En igual sentido se pronuncia la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de la Presidencia de la Junta de Galicia, sobre Derecho Civil de Galicia, cuando establece en su art. 3.2 que “*no serán de aplicación los usos y costumbres cuando fuesen contrarios a leyes imperativas*”; por tanto, también es admisible la costumbre contra ley dispositiva..

En cambio, el Derecho foral navarro reconoce validez, incluso, a la costumbre contra ley imperativa (“*la costumbre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contra ley, prevalece sobre el Derecho escrito*”, ley 3, párr. 1º., de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra). Vid. SANCHO REBULLIDA, *Tratamiento actual...*, cit., p. 11, en donde este autor afirma que a través de la preeminencia de la costumbre sobre la Ley, el principio de libertad civil no se limita en el Derecho navarro al régimen de los contratos, sino que se inserta en el sistema de las fuentes del Derecho.

¹⁴¹ Este requisito de legitimidad, pese a que no se prevea expresamente en el párr. 2º. del art. 1.3 CC respecto al uso jurídico, le resulta exigible, por su asimilación a la costumbre, para que pueda desempeñar su función normativa.

¹⁴² VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, t. I., 3ª. ed., Valladolid, 1925, p. 166.

¹⁴³ Su tenor establecía: “*Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores y no prevalecerán contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario*”.

El origen de dicho precepto se encuentra en el art. 5 del Proyecto de García Goyena de 1851, que establecía: “*Las Leyes no pueden ser revocadas sino por otras leyes, y no valdrá alegar contra su observancia el desuso ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguas y universales que sean*”.

¹⁴⁴ Este requisito también está acogido en nuestro Derecho histórico, como se puede observar en las Partidas, que establecía: “*Debe ser con derecha razón e non contra la ley de Dios, ni contra señorío, ni contra Derecho natural, ni contra procomunal de toda la tierra del lugar do se face*” (Part. 1; 2; 5).

Este requisito de *racionalidad*, así entendido porque equivale a la exigencia de antiguas y clásicas doctrinas de que la costumbre había de ser *rationabilis*, en un momento histórico en el que se admitía todavía la costumbre *contra legem* y la derogación de las leyes por el desuso de las mismas, es discutido en nuestros días, dado el limitado ámbito que, de por sí, se reconoce a la costumbre en el Derecho moderno, como fuente subsidiaria de la ley.

En este sentido, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN señalan, respecto al requisito de que la costumbre no sea contraria a la moral, que “si la costumbre es una norma jurídica, parece imposible hablar de costumbres inmorales”, añadiendo que “si las normas legales pueden en ocasiones no concordar con criterios o con valores de carácter ético, no hay razón para no admitir la misma discordancia tratándose de normas jurídicas consuetudinarias”. Y, respecto al orden público, sostienen que, tras la promulgación de nuestra Constitución de 1978, hay que entender que la costumbre no puede ser contraria a la efectividad de los valores y principios consagrados en la norma suprema¹⁴⁶.

¹⁴⁵ En igual sentido, en la ley 3, párr. 1º., de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra se rechaza la costumbre contraria a la moral o al orden público.

Por su parte, en el originario art. 2.1 de la Compilación aragonesa, texto aprobado por la Ley 15/1967, de 8 de abril, no se admitía la costumbre contraria al Derecho natural (“*La costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria al Derecho natural o a las normas imperativas o prohibitivas aplicables en Aragón*”, establecía). Esta prohibición desapareció en la nueva redacción del art. 2.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, realizada por el art. 2 de la Ley 3/1985, de 21 de mayo, de la Presidencia de la Diputación General de Aragón (BOAR núm. 39, del 23, c.e. en BOAR núm. 44, del 31, y BOAR núm. 51, de 14 de junio; BOE núm. 161, de 6 de julio, c.e. en BOE núm. 163, de 9 de julio, y BOE núm. 198, de 19 de agosto), según la cual “*la costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria a las normas imperativas o prohibitivas aplicables en Aragón*”.

Actualmente, el texto consolidado del art. 2.1 es el atribuido por la D.F.1ª. de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de la Presidencia de la Diputación General de Aragón, según el cual no se admite la costumbre cuando sea contraria a la **Constitución** o a las normas imperativas del Derecho aragonés.

¹⁴⁶ DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 10ª. ed. reimp., Madrid, 2001, pp. 131 y 132.

E.- CLASES DE USOS.

a) Por la función del uso.

La doctrina suele distinguir entre usos *normativos* y usos *interpretativos*¹⁴⁷, atendiendo a razones funcionales. En la doctrina española, esta diferenciación surge de lo preceptuado en el art. 2 CCo., en alusión a los usos del comercio, como fuente supletoria del Derecho mercantil. En el ámbito del Derecho común, este carácter normativo de los usos no se reconoce en el originario Código Civil, que sí se admite tras la reforma del Título Preliminar en 1974, asimilándolo a la costumbre, como fuente del Derecho; y distinguiéndose, en la reforma, entre usos jurídicos (expresión imprecisa, cuya denominación más acorde con esta naturaleza jurídica hubiera sido la de “*uso normativo*”) y usos interpretativos¹⁴⁸, al decir de “*los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad*”; de forma que se puede afirmar que en la reforma de 1974 se satisfacen las pretensiones de la doctrina mercantilista de que se acoja en el nuevo Título Preliminar su elaboración en torno a la distinción de ambas clases de usos y al reconocimiento de los usos normativos como fuente del Derecho.

¹⁴⁷ La distinción es planteada, originariamente, por la doctrina (BOLAFFIO, BEHREND, LABAND, GENY, NAVARRINI, VIVANTE, entre otros autores).

Sin embargo, para ALFARO, “es equívoco hablar de usos «negociales» (para referirse a los usos interpretativos) frente a usos «normativos» porque ambas cualidades no son excluyentes. Hay usos aplicables a los negocios que son normativos. Es más, prácticamente todos los usos relevantes en el ámbito mercantil son usos de la contratación” (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La función de los usos en el Código de Comercio (notas para una reinterpretación del art. 2 CCo.)», en *RDM*, núm. 205, 1992, p. 428).

¹⁴⁸ En realidad, ambas clases de usos (normativos e interpretativos) son usos jurídicos, en tanto que están contemplados en la norma jurídica; y, más concretamente, en el propio art. 1.3 CC, como se desprende de su tenor literal, que comprende, en tal denominación, también a los usos interpretativos, que los diferencia de los que no tienen tal carácter (esto es, los usos normativos). Lo que abona la conveniencia de que los conocidos comúnmente entre la doctrina como “usos jurídicos”, se identifiquen, en puridad, como “usos normativos”.

a') *Distinción conceptual.*

a") *El uso normativo.*

También denominado uso legal o jurídico, constituye una regla de Derecho objetivo, que nace para suplir las lagunas de la ley en un caso concreto, imponiéndose a la voluntad de las partes, aunque la ignoren.

Por tanto, estos usos mercantiles cumplen una función normativa, *stricto sensu*, atribuida expresamente por el Código de Comercio, en su art. 2; esto es, tienen reconocida legalmente una función reguladora de la materia mercantil, de carácter supletorio¹⁴⁹. Esta posición se fundamenta, como señala GARRIGUES, en varias razones, que impide considerar que en este precepto se alude a usos interpretativos: 1) el art. 2 no habla de contratos, sino de *actos* de comercio, los cuales comprenden hechos jurídicos, en los que no intervienen la voluntad humana, y, por tanto, no necesitan interpretación; 2) el art. 2 dice que los usos se *regirán*, no que se *interpretarán*, esto es se alude a un elemento de imperatividad, característico de las normas jurídicas¹⁵⁰.

En el ámbito del Derecho común, el precepto equivalente al art. 2 CCo. es el art. 1.3, párr. 2º.¹⁵¹, del CC en cuya virtud los usos jurídicos tienen la consideración de costumbre cuando no sean meramente interpretativos de una

¹⁴⁹ DE LOS MOZOS atribuye a los usos normativos una función supletoria no sólo de la voluntad negocial, sino también de la norma dispositiva, "por eso precisamente se les reconoce valor de costumbre (DE LOS MOZOS, *Derecho Civil español*, I, Salamanca, 1977, p. 470).

No obstante, hay autores que estiman que, más que de suplencia de la Ley por el uso, se trata de un supuesto de remisión de la Ley (GORDILLO CAÑAS, A., «La costumbre: ¿fuente autónoma...?», cit., p. 518), que obliga, no por una voluntad propia, sino en virtud de una "normatividad delegada" (SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, cit., p. 196) o por el principio general de la buena fe (DE CASTRO, F., *Derecho Civil...*, cit., p. 394), que permite integrar la voluntad contractual de las partes, ante su silencio u omisión. Por eso, consideran que estos usos jurídicos no constituyen, por sí mismos, norma, ni general ni particular, de Derecho, a diferencia de la costumbre, que "es una norma jurídica ella misma (considerada en general)" (DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, I, 7ª. ed., 1990, p. 154).

¹⁵⁰ GARRIGUES, J., «Los usos de comercio...», cit., p. 835.

¹⁵¹ Este precepto se establece en la reforma del Título Preliminar de 1974, afirmando que "*los usos jurídicos (...) tendrán la consideración de costumbre*"; y en la Exposición de Motivos de esta reforma se asegura, en su párr. 7º., que ésta ha *conferido* a los mismos "*el valor de costumbre*".

declaración de voluntad; y se concreta en el art. 1258¹⁵² CC en donde se hace referencia a consecuencias del uso que, *ex contractu*, obligan a las partes, aunque las ignoren¹⁵³.

Asimismo, una corriente doctrinal destaca que el art. 2 CCo. establece la especialidad mercantil, en materia de fuentes, respecto del Derecho Privado general, al aplicar los usos de comercio con preferencia al Derecho común, lo que supone una alteración del régimen general, pues, se dice, el art. 1.3 CC hace prevalecer el Derecho legal sobre el Derecho consuetudinario. No obstante, ALFARO propone, apartándose de la doctrina mayoritaria, como él mismo señala, la formulación del art. 2 CCo., no como sede de regulación de las fuentes del Derecho mercantil, sino como fuente de integración contractual¹⁵⁴. Nosotros, como vimos en el ap. II:-A.-a), propugnamos la interpretación del art. 2 CCo. en el sentido de que en él se postula la unicidad de fuentes jurídicas y la

¹⁵² Este precepto está incluido en el Capítulo I (titulado “*Disposiciones generales*”), del Título II (“*De los Contratos*”) del Libro IV (“*Obligaciones y Contratos*”). Su tenor literal establece: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”.

¹⁵³ Las palabras de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN son esclarecedoras: “El art. 1258 CC establece lo que se pueden llamar las fuentes de la reglamentación contractual, es decir, las normas de donde surgen los deberes y obligaciones de los contratos. De este modo, el art. 1258 distingue nítidamente por una parte la voluntad contractual estricta (...) y por otra una serie de normas que obligan a los contratantes con independencia de cuál pudiera haber sido su voluntad (...). Entre estas normas (...) se encuentra expresamente mencionado el uso de los negocios”. Añadiendo, a continuación, que “en el art. 1258 el uso es una norma dispositiva que funciona de manera automática y objetiva, con total independencia de la voluntad de las partes” (DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., en *Sistema...*, 7ª. ed., 1990, cit., pp. 157 y 158).

¹⁵⁴ Según este autor, dicho precepto “recoge el mismo esquema de fuentes de integración contractual que, más tarde, recogerá el Código Civil en el art. 1258, con la particularidad de que, por exigencias de la propia especialidad de la materia, consagra la preferencia de los usos mercantiles sobre el derecho dispositivo civil en el ámbito de la integración de los contratos mercantiles” (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La función...», cit., p. 424).

Por otra parte, a diferencia del Código Civil, que regula en el art. 1258 CC *las fuentes de integración del contrato*, y permite determinar cuál es la regulación aplicable en un caso controvertido, en el Código de Comercio no existe una norma similar, lo que resulta extraño “si tenemos en cuenta que la mayor parte de la legislación mercantil resulta integrada por normas relativas a la contratación y que el Código de Comercio fue promulgado con anterioridad al Código Civil” (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La función...», cit., p. 421).

Para ALFARO es necesaria una norma *especial* sobre la integración contractual en materia mercantil, dada la importancia de la contratación en el tráfico mercantil, pues, de otro modo, se aplica el art. 1258 CC, por remisión del art. 50 CCo., y, en consecuencia, ello supone que, en el ámbito de la integración contractual, rija el derecho dispositivo civil antes que los usos, lo que entraría en contradicción con lo establecido en el art. 2 CCo., que atribuye dicha preferencia a los usos (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La función...», cit., p. 423).

función de supletoriedad del Derecho común; lo que explica la especialidad del Derecho mercantil en cuanto a la aplicación prevalente del uso de comercio respecto a la ley (civil) común dispositiva, ya que no puede ser contrario a ninguna norma imperativa (común o especial), salvo que ésta se lo permita.

b") El uso interpretativo.

Por su parte, el uso interpretativo tiene su ámbito de aplicación en el ámbito contractual, por lo que también es llamado uso contractual, convencional, negocial o de hecho. Al contrario que el uso normativo, no es norma de Derecho objetivo, sino que facilita la interpretación de los contratos, de ahí que su eficacia vinculativa no derive del uso en sí, sino de la propia voluntad de las partes expresada en el contrato. En el ámbito mercantil, el uso interpretativo consiste en una práctica profesional que se sobreentiende, permitiendo integrar o completar la voluntad de las partes; en consecuencia, este tipo de uso podría no ser aplicado si las partes así lo aprueban *expresamente*, apartándose de la interpretación usual¹⁵⁵, no bastando, por tanto, con una mera presunción de las partes de alejarse de dicha interpretación.

El contenido de los usos interpretativos puede estar constituido:

- 1) por normas de conducta aptas, por su propio carácter usual, para interpretar una voluntad ya formada; o bien
- 2) por cláusulas, fórmulas y expresiones difundidas en el comercio (p.ej. los términos abreviados), de gran difusión en el tráfico mercantil (sobre todo en materia bancaria o de seguros, o de transporte terrestre o marítimo), por su brevedad, concisión y rapidez, características inherentes a la contratación mercantil; o, incluso,

¹⁵⁵ Como sostienen, acertadamente, en este punto, GARRIGUES (GARRIGUES, J., «Los usos de comercio...», cit., p. 829); y ALFARO ÁGUILA-REAL (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La función...», cit., p. 429).

3) por prácticas de orden jurídico estricto o de orden técnico que, de manera principal, se hacen presentes en la etapa de ejecución contractual (p.ej. formas de pago, descuentos, carga y descarga de mercancías, etc.).

Esta categoría de usos está reconocida, con carácter general, en el art. 1287 CC, que obliga a recurrir al uso o la costumbre del país “*para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse*”. Según dicho precepto, el uso interpretativo desempeña una doble función: 1) una, de carácter estrictamente *interpretativo*, pues sirve para aclarar los pactos contractuales ambiguos¹⁵⁶; y 2) otra, de naturaleza *integradora*, pues la existencia del uso permite suplir en los contratos la omisión de cláusulas que, ordinariamente, suelen establecerse. Esta doble función del uso interpretativo se basa, por tanto, sobre la presunción de que, si *expressis verbis* no consta lo contrario (p.ej., probando el desconocimiento de la existencia de tal uso), las partes han querido tácitamente que se dé al contrato su interpretación y contenido usuales¹⁵⁷.

En el ámbito mercantil, los usos interpretativos están contemplados en el art. 57 CCo., el cual impone la interpretación usual de las palabras dichas o escritas¹⁵⁸. Asimismo, entre los mercantilistas, hay una corriente muy amplia,

¹⁵⁶ Esto es, el uso se configura aquí como un criterio hermenéutico, al que se acude para conocer el sentido de las declaraciones de voluntad de las partes en un contrato, y, en caso de que el significado de dichas declaraciones sea dudoso, es razonable atribuirles el sentido usual del país.

¹⁵⁷ En este sentido, el hecho de que no se contemple esta doble función de los usos interpretativos puede conducir a una visión parcial de los mismos. Así, GARRIGUES sólo analiza la función estrictamente interpretativa de los usos interpretativos, excluyendo de análisis la interpretación integradora de los mismos, cuando afirmaba que “el verdadero uso de comercio, incluso cuando tiene carácter puramente interpretativo del contrato, se impone a los propios contratantes, en tanto en cuanto no demuestren que en aquel caso concreto se han querido apartar de la interpretación usual de la cláusula en cuestión” (GARRIGUES, J., «Los usos de comercio...», cit., p. 829).

En ocasiones, la doctrina ha confundido la función integradora del art. 1287 CC con la del art. 1258 CC. Así, para DE DIEGO el art. 1287 es “un desarrollo del 1258”, y distingue una doble modalidad de interpretación, aclaratoria e integradora: “No es que el uso obligue, sino la voluntad de las partes que se han adherido a él, o no expresando su intención o expresándola obscuramente” (DE DIEGO, *El uso*, ..., cit., pp. 99 y 100, respectivamente).

¹⁵⁸ Los antecedentes de este precepto se encuentran en el Código de Comercio de 1829, que, al indicar que debía atenderse al «sentido usual» de las palabras (*vid.* arts. 253, 254 y 255 CCo. de 1829), se estaba refiriendo, básicamente, a palabras con varios significados (sobre todo, referentes a monedas, pesas, medidas y distancias). *Vid.* GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Curso de Derecho Mercantil*, I, 3ª. ed., Madrid, 1867, pp. 102 y 103.

que considera al art. 57 CCo. como la norma reguladora de las *fuentes de integración* del contrato mercantil, reconociéndosele ambas funciones, en idénticos términos a los que cumple el art. 1287 CC en el Derecho común¹⁵⁹.

b') Rasgos distintivos.

La diferenciación funcional de los usos en normativos e interpretativos, anteriormente expuesta, planteada inicialmente por la doctrina, y después por la normativa, permite extraer una serie de notas distintivas de ambas categorías de usos, en su respectivo ámbito de aplicación. Estas notas diferenciadoras las ha fundado la doctrina tradicional en la eficacia del uso frente a la voluntad de las partes y en su prueba, así como en la *opinio iuris*; debiendo añadirse un elemento teleológico que justifique esta distinción y su fundamentación en principios propios y diferenciados:

1) *Por la finalidad que persiguen*: los usos normativos se formulan en una regla de Derecho objetivo, con el propósito de completar las lagunas de la ley en un caso particular; mientras que los usos interpretativos son prácticas profesionales

¹⁵⁹ *Vid.*, entre otros, GONDRA ROMERO, J. M., *Derecho Mercantil*, I, Introducción, Madrid, 1992, p. 190.

Esta posición también es mantenida, inicialmente, por ALFARO (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*, Madrid, 1991, p. 384); postura que, posteriormente, rectifica, negando la equiparación del art. 57 CCo. con el art. 1258 CC, en lo que se refiere a las *fuentes de integración* del contrato, por varias razones:

1) “En primer lugar, porque la buena fe a la que se refiere el art. 57 CCo. es la buena fe *in executivis* (es decir, la buena fe como un patrón de conducta en el ejercicio de los derechos y obligaciones que resultan del contrato que impone a las partes un *modo* determinado de ejercitar y cumplir los mismos), no la buena fe en función de integración (es decir, como fuente de obligaciones y derechos para las partes)”.

2) “En segundo lugar, porque la referencia a los *usos* no se hace en función integradora”; su equivalente es el art. 1287 CC (usos como medio de *interpretación de declaraciones contractuales ambiguas*).

3) “Finalmente, porque falta cualquier referencia al Derecho dispositivo mercantil”.

Y concluye afirmando que “el art. 57 CCo. no es la sede de las fuentes de integración del contrato mercantil”, sosteniendo que la función fundamental del art. 2 CCo. no es regular las fuentes del Derecho mercantil, sino resolver el problema de la integración contractual, con el objetivo de hacer prevalecer los usos mercantiles sobre el Derecho dispositivo civil (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La función...», cit., pp. 421 y 423).

sobreentendidas, que facilitan la interpretación del contrato estipulado por las partes, y por tanto integran su contenido, en caso de duda o de insuficiencia.

2) *Por la eficacia del uso frente a la voluntad de las partes*: este es el principal criterio distintivo, y el que suscita mayores dificultades, de forma que el uso normativo se impone como norma de Derecho objetivo, con total independencia de esta voluntad, la cual, por el contrario, resulta esencial en el orden contractual, en donde ejercen su eficacia los usos interpretativos, los cuales permiten conocer la voluntad declarada. Por tanto, los usos normativos están dotados de una nota de imperatividad de la que carecen los usos interpretativos.

3) *Por los principios que los rigen*: los usos normativos plantean una *quaestio iuris* y están sometidos a los principios de aplicación de las leyes; por el contrario, los usos interpretativos suponen una *quaestio facti*, rigiéndose por los principios propios de los contratos (VIVANTE, SCIALOJA).

4) *Por su prueba*: como consecuencia de los principios a que están sometidos, en ambos tipos de usos varían las respectivas reglas de constatación y prueba, como examinaremos posteriormente. Así, tratándose de usos interpretativos es necesaria su prueba por quien lo alega, mientras que en los usos normativos rige la regla *iura novit curia*, y, en consecuencia, entendemos, no es precisa su invocación para su aplicación; esta regla, como tendremos ocasión de comprobar en el ap. II.-H.-a)a'), es objeto de polémica doctrinal y jurisprudencial en cuanto a la obligatoriedad del Juez de conocer el Derecho consuetudinario.

5) *Por la opinio iuris*: la doctrina clásica, que fundamenta la distinción de ambas clases de usos, también señala que en el uso normativo la *opinio iuris* es elemento integrante y, en cambio, no lo es en el uso interpretativo, en el que la libertad de aplicación del uso excluye el sentimiento de una sanción jurídica, necesariamente unida al uso. Sin embargo, como esta misma doctrina reconoce, resulta difícil establecer este criterio de diferenciación en la práctica, pues, en cada caso, es necesario realizar una investigación psicológica para determinar si las partes conocían el uso y lo han aceptado realmente como elemento

contractual por tratarse, precisamente, de un uso interpretativo o porque estaban convencidos de la juridicidad de un determinado uso normativo.

En el conocimiento de los rasgos distintivos de ambas clases de usos resulta conveniente examinar las diferentes posiciones que la doctrina ha adoptado al respecto.

c') Posturas doctrinales.

En el campo doctrinal, hay una polémica abierta en torno a la existencia real de la distinción de los usos en normativos (Derecho objetivo, de naturaleza consuetudinaria y de aplicación imperativa) e interpretativos (integrados por normas, cláusulas, expresiones y prácticas interpretativas del Derecho dispositivo, pactado por las partes de un contrato), según la función que cada uso desarrolla en el tráfico mercantil¹⁶⁰; o si sólo hay una clase de usos del comercio, con distintas funciones¹⁶¹.

¹⁶⁰ Ya la doctrina alemana del siglo XIX, representada fundamentalmente por LABAND y GOLDSCHMIDT, distinguió, bajo una exégesis del A.H.G.B. de 1861, esta doble categoría de los usos en normativos e interpretativos, que ha devenido en clásica, pues encontró una amplia recepción tanto en la doctrina alemana como en el resto de la doctrina europea.

Según esta doctrina, los usos normativos constituyen el verdadero y propio derecho consuetudinario mercantil, y se forman mediante la observancia general, constante, uniforme y duradera de una determinada práctica, que se imponen a los particulares con independencia de su voluntad, en cuanto adquieren socialmente un valor normativo. En cambio, el origen de los usos interpretativos es limitadamente contractual e individual, pues nacen del modo uniforme y constante con que las partes realizan determinados negocios jurídicos, de modo que esta forma de actuar se presume respetada incluso cuando aquellas no hayan hecho referencia a la misma en un caso concreto.

¹⁶¹ Para VICENT CHULIÁ, F, si bien el art. 2 CCo., en relación con su art. 57, se refiere a *usos del comercio normativos*, que cumplen a la vez *funciones reguladoras e interpretativas*, “el art. 1 CC al referirse a los «*usos negociales*» parece seguir la primera opinión, dando carta de naturaleza a éstos (DÍEZ-PICAZO) y sería extraño que esto fuera aplicable sólo en las relaciones civiles y no en las mercantiles” (VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, cit., p. 71).

Esta distinción de los usos, fundada, en razones funcionales, no en razones materiales, es defendida fundamentalmente por DE CASTRO (DE CASTRO, F., *Derecho Civil...*, cit., pp. 389-391).

Para ALFARO, siguiendo a DE CASTRO (DE CASTRO, F., *Derecho Civil...*, cit., pp. 396 y ss.), en el ámbito contractual “habría usos interpretativos o usos con *función interpretativa* en sentido estricto (se presume que las partes que han utilizado una cláusula «*quieren*» las consecuencias que habitualmente se derivan de tal cláusula), y usos normativos o usos con

Al respecto, se puede reconocer en la doctrina española una corriente que, frente a la mayoritaria¹⁶², niega tal distinción (GARRIGUES¹⁶³, RUBIO¹⁶⁴, OTERO LASTRES¹⁶⁵, URÍA¹⁶⁶, ALBERTO BERCOVITZ¹⁶⁷), admitiendo sólo

función integradora (que suplen las lagunas de la regulación contractual establecida por las partes). Cuando desempeñan esta última función, los usos son costumbre en el sentido del art. 1.3 II CC” (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La función...», cit., p. 429). Y, añade, que, en su función estrictamente interpretativa, los usos sirven a la tipificación y estandarización del significado de cláusulas contractuales habitualmente utilizadas en el tráfico mercantil (CAPELLE / CANARIS, *Handelsrecht*, 20ª. ed., Munich, 1988, p. 166).

Sin embargo, PAVONE LA ROSA, insiste en el carácter puramente formal de la distinción, porque “no se refiere al elemento de hecho del uso, sino a los efectos que el ordenamiento le reconoce” (PAVONE LA ROSA, A., «Consuetudine (usi normativi e negoziali)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, 1961, p. 521).

Sobre esta discusión, *vid.*, también, PAVONE LA ROSA, A., «Gli usi bancari», en *BBTC*, 1977, I, p. 17; y DÍEZ-PICAZO, L., «Comentario...», cit., p. 63; GORDILLO CAÑAS, A., «Comentario...», cit., pp. 241 y ss.

¹⁶² En este sentido, CORTÉS DOMÍNGUEZ considera que si todos los usos son normativos en la medida que constituyen *per se* una norma (consuetudinaria) o en tanto que integran una norma *legal*, y con ese fundamento se afirma su carácter de Derecho objetivo, se plantea una dualidad cuando el tema afecta al carácter de fuente del Derecho objetivo, cuando la práctica social se eleva de la categoría de “hecho” a la de “Derecho”; de forma que, en unos casos, el uso se convierte en *norma consuetudinaria*, y, en otros, es *norma legal* (CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. F., «Reflexiones...», cit., p. 497).

Para SÁNCHEZ CALERO, por su parte, lo que permite la distinción entre los usos normativos y los interpretativos es la vinculación a una norma de conducta en el tráfico mercantil, vinculación que no ha de derivar de la libertad individual, sino de la existencia objetiva de esa norma del tráfico [*vid.* SSTS de 2-7-1973 (RJ 1973\2931), 9-10-1981 (RJ 1981\3595) y 21-6-1985 (RJ 1985\3305)]. Basándose en dicha afirmación, sostiene que el uso normativo es fuente del Derecho, mientras que los usos interpretativos únicamente entran a disciplinar una determinada relación jurídica, en tanto en cuanto se presume que han sido queridos por las partes (en este sentido se entiende el art. 57 CCo.), pero sin que tales usos interpretativos puedan estimarse fuente del Derecho; como tampoco lo es la equidad, que puede servir simplemente para una mejor aplicación de las normas [art. 3.2 CC, y SSTS 10-3-1983 y 8-10-1992 (RJ 1992\7539)]. Por ello, cree que la distinción entre usos normativos e interpretativos debe mantenerse (SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, cit., p. 38).

¹⁶³ Así, en un primer momento, para GARRIGUES el uso interpretativo no es distinto del uso normativo, sino tan sólo la forma inicial de éste, que es considerado como norma integradora del Código de Comercio (GARRIGUES, J., «Los usos de comercio...», cit., pp. 828 y 829). *Vid.*, igualmente, GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 1º., Madrid, 1947, p. 151.

Posteriormente, el pfr. GARRIGUES afirma que únicamente a los usos normativos les corresponde la categoría de fuente del Derecho, pues son capaces de imponerse, mientras que los usos interpretativos sólo presuponen la voluntad de los particulares (GARRIGUES, J., *Curso...*, cit., pp. 122 y ss.).

¹⁶⁴ *Vid.* RUBIO, J., *Introducción...*, cit., p. 380.

¹⁶⁵ Para OTERO LASTRES, “los usos de comercio, que son siempre normas del Derecho objetivo, pueden ser utilizados, sin embargo, para integrar las cláusulas contractuales oscuras o no previstas” (OTERO LASTRES, J. M., «La interpretación y aplicación por la jurisprudencia de los usos de comercio», en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, núm. 1, 1984, p. 13).

¹⁶⁶ URÍA mantiene que, en todo caso, el uso es normativo, si bien se puede apreciar en él una *dualidad de funciones* (supletorio de la ley o supletorio-interpretativo de la voluntad de los particulares). Se expresa en los siguientes términos: “todos los usos de comercio son normas de

una categoría de usos de comercio, de carácter normativo, con diferentes funciones¹⁶⁸, en base a razones de índole subjetiva (desde el punto de vista de la voluntad de las partes, éstas no distinguen entre unos y otros¹⁶⁹) y objetiva (se dice que, en la realidad práctica, es difícil distinguir ambas clases de usos).

No obstante, se puede afirmar que esta distinción de los usos en normativos e interpretativos ya está recogida en la Exposición de Motivos del Código de Comercio, en donde se expone con total claridad: “*Pero el Ministro que suscribe debe manifestar, para evitar toda falsa interpretación, que los usos del*

Derecho objetivo, cualquiera que sea la función que realicen, y en tal sentido todos son normativos, sin que haya lugar a distinguir entre unos y otros, a efectos de su condición de fuente de Derecho”; y añade que “cuando el Código de Comercio (art. 2) confiere al uso la condición de fuente no excluye a los llamados usos interpretativos”, y que “resulta así claramente de la lectura del art. 59 que, en definitiva, para resolver las dudas que se originen en la interpretación de los contratos se remite a los usos de que habla el art. 2 (De conformidad con el texto, véase la sentencia de 2-7-1973)” (URÍA, R., *Derecho Mercantil*, cit., pp. 21 y 22).

¹⁶⁷ En esta misma línea, para ALBERTO BERCOVITZ, “en el Código de Comercio se hace referencia al uso como uso normativo, es decir, aplicable con independencia de la voluntad de las partes; así resulta de su consideración como fuente del Derecho mercantil en defecto de las normas del propio Código de Comercio, según dispone el art. 2 del mismo, aunque el art. 50 CCo. da preferencia al Derecho común sobre ese uso normativo (STS 9-10-1981)” (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes...*, cit., p. 112).

¹⁶⁸ En esta línea, URÍA señala una triple función de los usos (normativos): 1) suplir la ausencia de regulación legal adecuada; 2) colmar las lagunas que existan en el contenido de los contratos; o, 3) sencillamente, resolver las dudas que surjan en la interpretación de éstos (URÍA, R., *Derecho Mercantil*, cit., p. 20).

Asimismo, para ALBERTO BERCOVITZ, “el hecho de que el uso mercantil sea en el Código de Comercio uso normativo, no impide que pueda cumplir funciones diversas”. Así, según este autor, el uso mercantil puede cumplir una función normativa en sentido estricto (en virtud del art. 2 CCo.), supliendo la falta de una norma legal mercantil que regule la materia de que se trata; o bien, en otros casos, puede realizar diversas funciones, atribuidas por la propia norma legal que se refiere a él:

- a) Algunos preceptos del Código de Comercio (arts. 489, 528 y 779) invocan el uso precisamente para delimitar su propio contenido normativo.
- b) Otros preceptos invocan el uso para suplir la voluntad de las partes en la determinación del contenido de los contratos. Tal ocurre con lo dispuesto en los arts. 255, 277, 304, 334 y 656.
- c) Y en otros supuestos el precepto legal, concretamente el art. 59 CCo., atribuye a los usos la función interpretativa cuando existan dudas sobre lo pactado por las partes en un contrato. Según BERCOVITZ, en este caso el uso es normativo, pero cumple una función interpretativa (STS de 9-10-1981) (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes...*, cit., pp. 112 y 113).

¹⁶⁹ Un sector doctrinal estima que el uso es siempre norma legal, cuya validez depende no sólo de la voluntad de las partes, sino también de la inexistencia de una expresa *voluntad* contraria (entre otros, ROSENTHALER, *Gesetz und Gewonheit*, Estrasburgo, 1893, p. 49). Y se aboga por la desaparición de la distinción entre uso convencional y uso legal, siendo más correcto denominar al primero como *práctica individual*, entendida como cláusula sobreentendida, y el segundo simplemente uso, esto es como *práctica social* que es considerada como norma integradora del Código de Comercio.

comercio se admiten por el Proyecto, no como derecho consuetudinario, sino como reglas para resolver los diversos casos particulares que ocurran, ya supliendo las cláusulas insertas generalmente en los actos mercantiles, ya fijando el sentido de las palabras oscuras, concisas o poco exactas que suelen emplear los comerciantes, ya finalmente para dar al acto o contrato de que se trate el efecto que naturalmente debe tener, según la intención presunta de las partes". Por tanto, el texto se refiere a los usos interpretativos¹⁷⁰; de lo que se infiere la existencia de los usos normativos, pues éstos constituyen, por el contrario, el Derecho consuetudinario propiamente dicho, normas de Derecho objetivo que se imponen a la voluntad de las partes.

Una primera lectura de la Exposición de Motivos del Código de Comercio haría pensar, como hicieron algunos autores españoles (tales como ÁLVAREZ DEL MANZANO, BONILLA y MIÑANA) que el Código quería sancionar como fuente del Derecho mercantil sólo los usos interpretativos, con valor puramente integrativo del orden jurídico contractual, pero no el derecho consuetudinario tradicional, o sea los usos normativos de aplicación general¹⁷¹.

¹⁷⁰ En este sentido, *vid.*, BLANCO CONSTANS, F., *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, I, 4ª. ed., Madrid, 1936, pp. 344 y 345; GARRIGUES, J., «Los usos de comercio...», *cit.*, p. 832; BÉRGAMO LLABRÉS, A., *Instituciones de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1951, pp. 21 y 22; CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA, *Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles seguidas en España*, Madrid, 1964, pp. 34 y ss; GARRIGUES, J., *Curso...*, *cit.*, p. 126; (GIRÓN TENA, J., *Apuntes...*, *cit.*, pp. 127 y 128; GONDRA ROMERO, J. M., *Derecho Mercantil...*, *cit.*, p. 187.

En contra, ÁLVAREZ DEL MANZANO, F., *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2ª. ed., Madrid, 1903, p. 737.

¹⁷¹ Si esto fuera cierto, si lo que se afirma en la Exposición de Motivos reflejara el criterio real del Código, resultaría que éste seguía en la misma línea del derogado Código de Sáinz de Andino de 1829; en efecto, en este código sólo se reconocía el uso como elemento interpretativo de los contratos, en su art. 249, que decía: "*Cuando haya necesidad de interpretar las cláusulas de los contratos, y los contratantes no resuelvan de común acuerdo la duda ocurrida, se tendrán por bases de su interpretación: 1. Las cláusulas averdadas y consentidas del mismo contrato que puedan explicar las dudosas; 2. Los hechos de las partes subsiguientes al contrato que tengan relación con lo que se disputa; 3. El uso común y práctica observada generalmente en los casos de igual naturaleza; 4. El juicio de personas prácticas en el ramo a que corresponda la negociación que ocasiona la duda*". Este precepto, que no establece una gradación de fuentes, sino normas de interpretación del contrato mercantil, constituía una de las disposiciones preliminares sobre la formación de las obligaciones de comercio, que Sáinz de Andino consideró conveniente incluir en la normativa del Código, quizá por la inexistencia de una precedente codificación civil, y el contenido del precepto respondía a las propias ideas de la doctrina nacional, expuestas por los autores que escribían con precedencia al Código.

Sin embargo, salvo los autores anteriormente citados, la gran mayoría de la doctrina española sostiene que el art. 2 CCo. se refiere a los usos normativos como fuente general de todo el ordenamiento jurídico-mercantil, y su correspondencia con los arts. 1.3, párr. 2º., y 1258 CC en el ámbito civil; y que en el resto del articulado del Código de Comercio caben apreciar usos de comercio que cumplen tanto funciones estrictamente interpretativas (más concretamente, se refieren al art. 57 CCo., en relación con el art. 1287 CC), como normativas¹⁷². En este sentido, se alude a que la Exposición de Motivos del Código sólo tiene un valor programático-interpretativo, no imperativo, que no puede prevalecer contra la misma letra de la Ley, pues no responde al sistema de ésta; de forma que los elementos justificativos de la elaboración y aprobación de la Ley ya no tienen el valor de interpretación auténtica que la doctrina antigua le atribuían, como consecuencia de identificar al legislador con el redactor de la Ley¹⁷³.

¹⁷² De forma que, respecto al derogado Código de Comercio de 1829, el vigente representa un giro estructural en cuanto al valor del uso, contenido en su art. 2, ya que éste deviene fuente de todo el Derecho mercantil, con valor normativo, y no meramente interpretativo, reducido al ámbito de las obligaciones contractuales, como sucedía en aquél.

¹⁷³ Esta posición doctrinal se encuentra apoyada por el origen histórico del régimen legal que instaura el Código de comercio en este punto. En efecto, se puede afirmar que la Comisión redactora del Código de Comercio vigente, de 1885, tuvo en mente el régimen trazado por el A.H.G.B. de 1861 (seguido, luego, por el Código húngaro de 1876 y el italiano de 1882). Precisamente, en el Código alemán de 1861 existía una doble referencia a los usos, en el art. 1 (“*en materia comercial, los usos del comercio y, en su defecto, las reglas generales del Derecho civil se aplicarán ante el silencio del presente Código*”) y en el art. 279 (“*para apreciar e interpretar el sentido y alcance de los hechos y omisiones, habrán de tenerse en cuenta las costumbres y los usos del comercio*”), contenido éste en la Sección de “*Disposiciones generales sobre los actos del comercio*”; según la generalidad de la doctrina alemana, el art. 1 regulaba los usos normativos como fuente propia del Derecho mercantil, y el art. 279 se remitía a los usos contractuales como medio interpretativo de los contratos mercantiles. Esta doble referencia pasa inmutable al Código español en sus arts. 2 y 57, respectivamente.

Ante la evidencia, anteriormente expuesta, cabe preguntarnos el motivo por el cual la Exposición de Motivos enunció el citado tenor literal. GARRIGUES opina, acertadamente, que el criterio de la Exposición responde a que el redactor se inspiró para ese punto en el criterio dominante en la doctrina francesa de aquel período (representada por THALLER, LYON-CAEN y otros), la cual negaba a los usos mercantiles la naturaleza de verdadero Derecho consuetudinario y limitaba su función a la pura integración de la voluntad contractual (GARRIGUES, J., «Los usos de comercio...», cit., p. 833-834). Según esto, se redactó una Exposición de Motivos “francesa” para un régimen legal “germánico”, lo que ocasiona dicha discrepancia.

b) Por la materia regulada.

Los usos también se pueden clasificar en *comunes* a cualquier clase de actividad comercial (p.ej. el contrato de comisión mercantil) y *especiales* de un determinado tráfico mercantil (p.ej. la comisión bancaria).

1) La costumbre común, denominada por DE DIEGO como costumbre general, es definida por este autor como aquella que regula todo un orden de relaciones¹⁷⁴. Es practicada de forma uniforme por todos los sujetos que intervienen en una materia de ámbito general, con independencia del lugar en donde suceda, aunque, normalmente, coincide con el ámbito de las fronteras nacionales, dada la estatalidad del Derecho, si bien es posible que una costumbre común tenga una difusión estrictamente local.

2) La costumbre especial, en cambio, es practicada, también uniformemente, en un ámbito material más específico, propio de un sector profesional o personal, en el que el dato territorial tampoco es determinante de su eficacia, de forma que pueden existir usos especiales de carácter local y/o nacional.

En caso de colisión de usos, en virtud de su ámbito de aplicación material, regirá el uso especial sobre el común, atendiendo al caso concreto planteado.

Ambos tipos de usos son admisibles en nuestro Derecho, pues, si bien el art. 2 CCo. se refiere a los “*usos de comercio observados **generalmente** en cada plaza*”, el carácter de generalidad alude al grado de aceptación del uso de comercio en cuestión, no tanto a su ámbito de aplicación material, de forma que el establecimiento de este criterio de distinción doctrinal responde a razones de pura sistemática jurídica.

c) Según su ámbito de aplicación espacial.

Se pueden diferenciar entre usos *internacionales*, usos *generales*, y usos *regionales*, *locales* o de *plaza*, según resulten observados y aplicados,

¹⁷⁴ DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, I, ed. 1953, p. 110.

respectivamente, en el territorio de varios Estados, en el propio nacional, o en el de una determinada región, localidad o plaza mercantil.

a') Evolución legislativa: de la costumbre local a la "doble ampliación" de la costumbre.

El actual art. 1.3 CC se refiere, escuetamente, a la costumbre como fuente supletoria de la ley, al contrario que en el antiguo art. 6 CC, anterior a la reforma del Título Preliminar de 1974¹⁷⁵, que sólo se reconocía a la costumbre local¹⁷⁶. El cambio terminológico (ahora ya no se refiere a la "*costumbre del*

¹⁷⁵ Esta reforma del Título Preliminar del Código Civil se inició con los trabajos prelegislativos de la Subsección de Derecho Civil de la Sección primera de la Comisión General de Codificación, propuesta en la sesión celebrada el día 9 de octubre de 1940 (*vid.* CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «Notas para la historia de la reforma del Título Preliminar del Código Civil», en *Documentación Jurídica*, 1974, pp. 1137 y ss.; e, igualmente, CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «La génesis de la reforma del Título Preliminar del Código Civil», en *RDP*, 1976, pp. 3 y ss., en donde se realiza un examen detallado de sus antecedentes históricos, así como del proceso evolutivo desarrollado hasta su culminación en 1974).

Ya, en la reunión de 11 de diciembre de dicho año (ARCHIVO DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Acta de la Sesión celebrada por la Sección primera de Derecho Civil el día 11 de diciembre de 1940*, f. 2), don FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, Presidente de dicha Comisión, al examinar la carencia de la ley aplicable al "punto controvertido", se plantea los requisitos que habría de reunir la costumbre para su reconocimiento expreso como fuente del Derecho; inclinándose el maestro DE DIEGO por mantener la expresión de "costumbre del lugar" del, entonces, vigente art. 6.2 CC. Por su parte, don IGNACIO DE CASSO, miembro de la Comisión que tuvo un papel destacado en estos trabajos, también sugirió admitir los "usos". Ambos temas tendrán especial incidencia en la reforma del Título Preliminar.

¹⁷⁶ El Código Civil, en su antiguo art. 6, en su ap. 2, establecía: "*Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la **costumbre del lugar** (...)*". Con ello, no se excluía la costumbre general o regional, que podía aplicarse como local, si se practicaba en el lugar de que se tratase (así se reconocía entre la doctrina mayoritaria, entre otros por BURON, DE BUEN, DE DIEGO, CASTÁN, etc.), pero sí se excluía la imposición de una costumbre en un lugar determinado, por el mero hecho de estar más difundida en la misma región o país.

DE CASTRO opina, al respecto: "Se ha asegurado con repetición que no tiene significado alguno excluir la costumbre general, porque se aplicará, en todo caso, como local en todas partes. Ello es un error. Tal exclusión supone quitar a la costumbre fuerza organizadora general, y prácticamente significa que no se podrá imponer a un lugar, por pequeño que sea, una costumbre por el hecho de que sea usada y eficaz en la mayor parte o en el resto del territorio nacional" (DE CASTRO, F., *Derecho Civil...*, cit., p. 386).

Algunos autores consideran que la referencia sólo a la costumbre local se realiza "con la deliberada intención de excluir la que pudiera derivarse de la uniforme aplicación judicial de la Ley" (GORDILLO CAÑAS, A., «La costumbre: ¿fuente autónoma...?», cit., p. 478, que cita, en esta línea, a ESPIAU ESPIAU, S., «La introducción de la costumbre en el Título Preliminar del

lugar”) no tiene ninguna trascendencia en cuanto al sistema de fuentes del Derecho establecido, si bien esta modificación se introduce con el objetivo, como demuestran sus antecedentes legislativos¹⁷⁷, de que también tengan cabida costumbres de ámbito espacial más amplio, por el convencimiento del valor dinámico de las mismas, en una época caracterizada por la expansión del mercado, que no se circunscribe al ámbito local. Por lo tanto, en la denominación de “costumbre” también está incluida la costumbre local.

Precisamente, la reforma de 1974 incide principalmente en el tema de la costumbre. Pudiendo hablarse de una “doble ampliación” de ésta como fuente del Derecho, como se refiere en la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo¹⁷⁸, tanto al eliminarse el requisito de “*local*”¹⁷⁹, como al conferir el mismo valor jurídico de la costumbre a los “*usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad*”. Esta segunda causa de ampliación de la costumbre (esto es, la equiparación de los usos normativos a ella¹⁸⁰) supone un intento de renovación de la antigua costumbre “local”, a través del reconocimiento jurídico de los usos profesionales, como expresión de la adaptación del ordenamiento jurídico a las

Código Civil español de 1889», en *Libro del Centenario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1990, pp. 821 y 822).

¹⁷⁷ Así, el Procurador ESCRIVÁ DE ROMANÍ argumentaba en el debate de la reforma: “La Ponencia precisamente cree que uno de los avances importantes que en esta materia de fuentes del Derecho contiene el Proyecto es el aludir, no a la raquílica costumbre del lugar que tenía nuestro Código Civil (...). Entiende la Ponencia que la costumbre puede ser la costumbre del lugar. Y en este sentido se mantiene la fuente tradicional, pero puede ser también la costumbre general, recogida en algunos casos en la jurisprudencia (...). Existen costumbres de ámbito general muy importantes. Pensemos en determinados usos, y con ello entramos un poco en el segundo inciso del texto propuesto por la Ponencia; una serie de usos de tipo general, de los cuales basta citar los ejemplos de muchas profesiones: los usos de los abogados, de los médicos, etc. y de profesiones de todo tipo, como los usos de los comerciantes, etc. que generalmente no son locales, pues suelen tener un ámbito nacional (...). La Ponencia entiende que la sociedad va evolucionando y que la costumbre local no daba idea de esa evolución social que tiene que recoger el Derecho” (BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES ESPAÑOLAS, Apéndice, 21 de noviembre de 1972, núm. 90, p. 19).

¹⁷⁸ “*La costumbre, ampliada al no circunscribirla a la del lugar (...)*”, dice.

¹⁷⁹ Respecto a la eliminación del requisito de la localidad, ALBALADEJO es contrario a esta consideración (*vid.* ALBALADEJO, M., «En el nuevo Título Preliminar la costumbre supletoria de la ley sigue siendo únicamente la que se practique en el lugar donde ha de aplicarse», en *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*, I, Academia Matritense del Notariado, 1977, pp. 55-76).

¹⁸⁰ *Vid.* el ap. II.-C.-b).

situaciones modernas¹⁸¹; su valor jurídico es de mayor significación que la referida anteriormente, de eliminación del requisito de localidad, y sobre ella se ha centrado la mayor parte de los esfuerzos doctrinales en analizar la reforma del Título Preliminar¹⁸².

Por su parte, el art. 2 CCo. alude a los usos “*observados generalmente en cada plaza*”; esta expresión no contradice la clasificación que hemos expuesto, ya que comprende tanto a los usos locales, como a los usos generales o regionales, que también rijan en otras plazas. Ciertamente, la ley general (en este caso, el Código Civil, tras la reforma de 1974), aunque sea posterior, no puede derogar la ley especial; pero ello no es óbice para que la ley general asuma, de forma adecuada, la regulación de las especialidades, en orden a la unidad del ordenamiento jurídico, cuando estas especialidades estén vacías de contenido, ya que es impensable la existencia actual de meros usos locales.

Dada la superposición de ámbitos territoriales en una misma plaza mercantil, se pueden plantear diferentes posibilidades de colisión entre distintos usos o costumbres allí en donde debe de aplicarse; estableciéndose, en idéntico sentido que la anterior clasificación de los usos en comunes y especiales, el criterio de la prevalencia del uso particular o local sobre el más general, como

¹⁸¹ Según RUIZ VADILLO: “La modificación no ha tenido ni tendrá otro alcance que incorporar las costumbres generales (y especialmente las de los Colegios Profesionales, gremios, sindicatos, agrupaciones, etc., dentro del ámbito de sus actividades) a las fuentes del Derecho” (RUIZ VADILLO, *La costumbre...*, cit., p. 34).

Por su parte, GORDILLO CAÑAS es categórico: “El uso profesional podrá valer, más o menos, como índice de Derecho estatutario interno entre el grupo que lo alumbra y lo practica, pero en sí mismo nunca podrá constituir norma jurídica general” (GORDILLO CAÑAS, A., «La costumbre: ¿fuente autónoma...?», cit., p. 496).

¹⁸² DE LOS MOZOS estima que esta reforma es una innovación “llevada a cabo con todo rigor técnico” (DE LOS MOZOS, *Derecho Civil...*, cit., p. 469).

En cambio, DÍEZ-PICAZO la calificó como errónea, por dos razones: 1) por su intento de categorizar usos jurídicos diferentes, y 2) por la confusión de éstos con la costumbre (DÍEZ-PICAZO, L., «Comentario...», cit., p. 69).

Siguiendo esta última opinión, GORDILLO CAÑAS sostiene que “en la realidad de las cosas, es la costumbre la que, reducida a uso, ha dejado de desempeñar su cometido de Fuente del Derecho para cumplir la tradicional y más recortada misión de los usos” (GORDILLO CAÑAS, A., «La costumbre: ¿fuente autónoma...?», cit., p. 437).

Por su parte, LASARTE entiende que la reforma del Título Preliminar es un mecanismo para dar transcendencia normativa a la práctica impuesta por los grupos dominantes en el mundo de los negocios (LASARTE, C., *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, 2ª. ed., 1990, p. 68).

tiene reconocido la común doctrina¹⁸³ o, singularmente, la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra¹⁸⁴. No existiendo costumbre local, no existe colisión con la general; pero si no se practica en un lugar una determinada costumbre no cabe aplicar ninguna costumbre general, pues, según señala la doctrina¹⁸⁵, falta el elemento de la *opinio iuris* o convencimiento de su obligatoriedad, debiendo ser suplida por los principios generales del Derecho. Por tanto, considera la doctrina, la costumbre, en realidad, no ha sido ampliada en el nuevo Título Preliminar, ya que su eficacia está limitada allí donde se practica.

b') Examen particular de los usos del comercio internacional.

Como ejemplos de usos de comercio internacionales, podemos citar los INCOTERMS¹⁸⁶ y las “Reglas y Usos Uniformes relativos a créditos

¹⁸³ Entre otros, *vid.* RUIZ VADILLO, *La costumbre...*, cit., p. 514; DE LOS MOZOS, *Derecho Civil...*, cit., p. 468; DÍEZ-PICAZO, L., «Comentario...», cit., p. 54; BATLLE VÁZQUEZ, M., *Comentarios...*, cit., p. 52.

¹⁸⁴ “(...) *La costumbre local tiene preferencia respecto a la general*” (ley 3, párr. 1º.).

¹⁸⁵ Así, ALBALADEJO: “No se puede olvidar la tan repetida idea de que la obligatoriedad de la costumbre tiene su apoyo en el *consensus comunitatis* de la comunidad en la que se ha de aplicar; y que, faltando tal apoyo, no se fundamenta la aplicación de la costumbre foránea ni siquiera en el caso de que ésta no haya sido rechazada por la comunidad a la que habría de regir” (ALBALADEJO, M., «En el nuevo Título Preliminar...», cit., p. 72). *Vid.*, también, ESPÍN CÁNOVAS: “La tesis negativa parece ser más conforme al fundamento propio de la costumbre, pues no corresponde a la misma organizar jurídicamente todo el ámbito nacional, sino que su fuerza obligatoria depende de su propia observancia” (ESPÍN CÁNOVAS, *Manual...*, cit., p. 145).

Excepcionalmente entre la doctrina, RUIZ VADILLO opina que, aplicándose la costumbre general sin costumbre local, “se está integrando un vacío legislativo a través no de la costumbre (que no lo es para quienes se aplica), sino de una norma consuetudinaria ajena” (RUIZ VADILLO, *La costumbre...*, cit., p. 25). Igualmente, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN aceptan esta posibilidad: “La supresión del carácter local parece significar que se admite que una costumbre general o regional pueda aplicarse en un punto, aunque en él no haya tenido vigencia efectiva, pues en otro caso no habría sido una generalización de costumbres locales uniformes” (DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., en *Sistema...*, 7ª. ed., 1990, cit., p. 152).

¹⁸⁶ Centrándonos, ahora, en los INCOTERMS (vocablo procedente de la expresión inglesa “**I**nternational **C**ommercial **T**erms”, es decir, Términos del Comercio Internacional), éstos son un conjunto de reglas elaboradas por la Comisión de Prácticas Comerciales de la Cámara de Comercio Internacional, cuya finalidad es la armonización de conceptos en las transacciones del comercio exterior. Con ello, se pretende evitar los diferentes usos y costumbres aplicables en una determinada zona geográfica, así como las diferencias de legislación aplicable, culturales e idiomáticas, eludiéndose elementos interpretativos contradictorios, que dificultan la agilidad del

documentarios” [a éstos nos referiremos en el ap. III.-B.-b)b’)], recopilados, ambos, por la Cámara de Comercio internacional (C.C.I., en adelante). Los INCOTERMS actúan, respecto a las operaciones de importación y exportación, como *Statutory Trade Usages*; es decir, el contenido de un uso de comercio se integra, por expresa remisión legal, por el asignado en esta recopilación, no

tráfico comercial internacional. De forma que los sujetos de las operaciones comerciales exteriores conozcan en todo momento sus derechos y obligaciones en un contrato de compraventa internacional, con independencia del lugar de adquisición o entrega de la mercancía.

Sus principales notas características son:

1º.- Estos términos comerciales internacionales regulan: 1) la distribución de documentos; 2) las condiciones de entrega de la mercancía; 3) la distribución de costes de la operación; y 4) la distribución de riesgos de la operación. Pero no regulan ni la legislación aplicable a los puntos no reflejados en los INCOTERMS, ni tampoco la forma de pago de la operación.

2º.- Carecen de fuerza normativa o legal, pero su eficacia deriva de su uso cotidiano y amplia difusión, habiéndose convertido en una costumbre internacional, así reconocida por los operadores del comercio internacional. Por tanto, su aplicación tiene carácter facultativo, debiendo ser especificado expresamente en un contrato determinado.

3º.- Por último, su utilización no implica presunción del arbitraje de la C.C.I., que ha de ser expresamente establecido en el contrato.

Los INCOTERMS se recopilaron en 1936, pero han sido objeto de varias modificaciones, con el objeto de adaptarlos a los cambios producidos en los usos comerciales y avances tecnológicos en el comercio internacional. La última versión se produjo en 1990, pero pronto se ha hecho necesaria una nueva revisión en 2000, con la finalidad de reflejar las nuevas prácticas comerciales surgidas, como consecuencia de las rápidas transformaciones acaecidas.

Los INCOTERMS contienen un total de trece términos, o tipos de contratos diferentes, que, posteriormente, pueden modificarse parcialmente, mediante el uso de determinadas cláusulas. En los INCOTERMS-2000 se ha mantenido el mismo número de trece términos y su presentación en diez (10) encabezamientos, en donde se agrupan las obligaciones del vendedor y las correspondientes del comprador. Así, p.ej, en el término CFR, a la obligación A1 del vendedor (“Proveer las mercaderías de conformidad con el contrato”), le corresponderá la obligación B1 del comprador (“Pagar el precio tal como lo establece el contrato de venta”). Los trece términos son los siguientes:

- 1) GRUPO “Salida” (E): EXW (EX WORK, en fábrica).
- 2) GRUPO “Sin pago transporte principal” (F):
 - FCA (FREE CARRIER, francotransportista).
 - FAS (FREE ALONGSIDE SHIP, franco junto al buque).
 - FOB (FREE ON BOARD, franco a bordo del buque).
- 3) GRUPO “Con pago transporte principal” (C):
 - CFR (COST AND FREIGHT, coste y flete).
 - CIF (COST, INSURANCE AND FREIGHT; coste seguro y flete).
 - CPT (CARRIAGE PAID TO; transporte pagado hasta).
 - CIP (CARRIAGE AND INSURANCE PAID; transporte y seguro pagado hasta).
- 4) GRUPO “Llegada” (D):
 - DAF (DELIVERED AT FRONTIER; entregada en frontera).
 - DES (DELIVERED EX SHIP; entregada sobre buque).
 - DEQ (DELIVERED EX QUAY; entregada en muelle).
 - DDU (DELIVERED DUTY UNPAID; entregada sin pagar derechos).
 - DDP (DELIVERED DUTY PAID; entregada derechos pagados).

siendo precisa su invocación y prueba para su aplicación¹⁸⁷, a diferencia de lo que ocurre con las “Reglas y Usos Uniformes relativos a créditos documentarios”, que son *Acknowledged Trade Usages*, por lo que, en caso de alegación por las partes, se ha de probar que integran el contenido del contrato.

La importancia de los usos de comercio en el ámbito contractual internacional se puede apreciar en el art. 9.2 de la Convención de las Naciones Unidas, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, relativa a los contratos de compraventa internacional de mercaderías¹⁸⁸. En efecto, la relevancia jurídica de dicho precepto reside en que se alude a usos mercantiles no pactados por las partes¹⁸⁹. Por lo que respecta a los usos acordados y las prácticas establecidas por las partes, contemplados en el art. 9.1, prevalecen sobre las disposiciones del Convenio de Viena, dado el carácter dispositivo de este Convenio; entre estas prácticas, se pueden citar, p.ej., las fechas de entrega de mercancías, las condiciones generales aplicables al contrato, etc., prácticas que crean una apariencia que ha de ser respetada, en virtud del art. 8.3 del Convenio de Viena.

¹⁸⁷ Así, p.ej., en el art. 14, párr. 3º., del R.D. 2426/1979, de 14 de septiembre, sobre el régimen de comercio y los procedimientos de tramitación de las exportaciones (BOE núm. 252, de 20 de octubre; rect. en BOE núm. 54, de 3 de marzo de 1980)], aún vigente, se establece que, en las operaciones de exportación de mercancías, “*la interpretación de las condiciones de entrega se atenderá a las reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales (Incoterms 1953) de la Cámara de Comercio Internacional*”.

En términos idénticos, respecto a las condiciones de entrega en las operaciones de importación de mercancías, se pronunciaba el art. 16 de la Resolución de 30 de noviembre de 1968 (BOE núm. 293, de 6 de diciembre; rect. en BOE núm. 5, de 6 de enero de 1969), que complementaba a la O.M. de 25 de septiembre de 1968, por la que se regulaba los procedimientos de importación de mercancías [BOE núm. 234, del 28; esta O.M. fue derogada por la O.M. de 21 de febrero de 1986, relativa al procedimiento y la tramitación de la importación (BOE núm. 48, del 25; rect. en BOE núm. 73, de 26 de marzo, y BOE núm. 91, de 16 de abril)].

¹⁸⁸ Esta Convención fue elaborada por la UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law, esto es la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, creada en 1966). Entró en vigor el día 1 de enero de 1988.

España se adhirió a ella por Instrumento de 17 de julio de 1990 (BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991; rect. en BOE núm. 282, de 22 de noviembre de 1996), con vigencia en nuestro país desde el día 1 de agosto de 1991.

¹⁸⁹ Esta norma convencional, que recoge la concepción sobre los usos del *Uniform Commercial Code* (U.C.C.) de los EE.UU., en su primera versión de 1978, indica que “*salvo pacto en contrario se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate*”.

d) Por su relación con la ley.

Los usos, como las costumbres, en general, pueden ser, según su relación con la ley:

- 1) Usos *extra o praeter legem*: son aquellos que regulan situaciones sobre las que la ley guarda silencio.
- 2) Usos *secundum o propter legem*: tienen por objeto interpretar o aplicar la ley de una determinada forma, de entre varias posibles, atribuidas por dicha ley.
- 3) Usos *contra legem*: aquellos que regulan una situación, en contradicción con lo establecido por la ley.

Esta distinción clásica está ya presente en el Derecho de las Partidas¹⁹⁰, en un momento histórico de máxima afirmación de la costumbre, en las cuales se admite que la costumbre, además de completar y suplir la ley, también puede derogar la ley anterior contraria a su mandato¹⁹¹. En la mentalidad de nuestros días, la costumbre se configura como un instrumento jurídico auxiliar del sistema legal. Por ello, el Código Civil admite la costumbre *praeter legem*, en el art. 1.3 (“*La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable*”), como fuente del Derecho supletoria de la Ley, pero rechaza la costumbre contra ley (“*Las leyes sólo se derogan por otras posteriores*”, art. 2.2 CC)¹⁹², aunque con

¹⁹⁰ Part. 1; 2; 6: “*Fuerza muy grande ha la costumbre, quando es puesta con razón, assi como diximos, ca las contiendas que los omes han entre si de que non fablan las leyes escritas, pueden se librar por la costumbre que fuesse usada sobre las razones sobre que fue la contienda, e aun ha fuerza de ley. Otrosi dezimos que la costumbre puede interpretar la ley quando acaesciese dubda sobre ella, que ansi como acostumbraron los otros de la entender, ansi debe ser entendida y guardada. E aun ha otro poderio muy grande que puede tirar las leyes antiguas que fuessen fechas antes que ella (...) esto se debe entender quando la costumbre fuesse usada generalmente en todo el reino. Mas si la costumbre fuese especial, entonces no desataria la ley sino en aquel lugar solamente do fuesse usada*”.

¹⁹¹ Desde una posición radical, COSTA considera que la ley siempre necesita ser refrendada por el pueblo, y, en caso de no serlo, dejaría de tener eficacia por la fuerza de la costumbre [“Las reglas emanadas directamente del legislador para que las cumpla el pueblo (un concejo, una comarca, una nación), el legislador las promulga siempre, tácitamente, *ad referendum*” (COSTA, *La ignorancia del Derecho*, Barcelona – Buenos Aires, s/d, p. 100)]. Por ello, según este autor, lo correcto es hablar de un Ley *praeter legem, secundum o contra consuetudinem* [“Ni siquiera hay, en realidad, costumbre según ley, fuera de ley, y contra ley, conforme a la añeja distinción de los juristas y de los leguleyos; lo que hay es ley según costumbre, fuera de costumbre y contra costumbre, y lo que se debe indagar es cual de estas tres categorías de ley es la legítima, caso de que alguna lo sea” (COSTA, *La ignorancia...*, cit., p. 92)].

¹⁹² Excepcionalmente, el art. 1599 CC (cuyo tenor dice: “*Si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega*”) admite la costumbre

matizaciones, como examinaremos en el ap. II.-G.-, tratándose de Leyes dispositivas.

En cuanto a la modalidad de costumbre *praeter legem*, DE CASTRO la denominaba “costumbre de nacimiento espontáneo”, considerándola como la costumbre que revela la mayor y más espontánea fuerza creadora del uso, aunque destaca que puede suponer una restricción de la autonomía de la voluntad¹⁹³. Sin embargo, consideramos que no existe contradicción entre Ley dispositiva, costumbre y autonomía de la voluntad, por cuanto se desenvuelven en ámbitos de aplicación complementarios, de forma que la costumbre es una norma jurídica general, supletoria de la ley, que sólo cede su eficacia en virtud de la autonomía de la voluntad, convirtiéndose el pacto en norma individual, eficaz *inter partes*. Así, la costumbre aparece como un elemento vertebrador del sistema jurídico, por cuanto dificulta la existencia de eventuales lagunas legales¹⁹⁴, lo que tiene una especial significación en nuestros días, en un mundo de rápidas transformaciones sociopolíticas, en donde la norma legal es frecuentemente sobrepasada por la celeridad de los acontecimientos, obligando a realizar continuas reformas en la misma, pues pronto deja de ser eficaz en la regulación para la que fue creada expresamente; en cambio, la costumbre, en su

contra legem, si bien se trata de un supuesto de remisión legal, en el que es la propia norma jurídica la que declara la aplicación prioritaria de la costumbre, incluso si es contraria a lo que en dicha norma se estipula, con el claro objetivo de integrar una obligación contractual.

No obstante, como ya vimos, la Compilación navarra admite todo tipo de costumbre, incluida la *contra legem* (Comp., ley 3), siempre que (se sobreentiende) reúna los debidos requisitos, y no se oponga a la moral o al orden público. Y, respecto a la Compilación aragonesa, se admite, implícitamente, la costumbre contra ley dispositiva, pero no, expresamente, contra ley imperativa (*vid.* art. 2.1). Igualmente, el art. 3.2 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de la Presidencia de la Junta de Galicia, sobre Derecho Civil de Galicia, tampoco admite la costumbre contra ley imperativa.

¹⁹³ DE CASTRO, F., *Derecho Civil...*, cit., p. 111.

¹⁹⁴ Por otra parte, GORDILLO CAÑAS resalta la ausencia de la costumbre en colmar las lagunas de la Ley (GORDILLO CAÑAS, A., «La costumbre: ¿fuente autónoma...?», cit., p. 475) para fundamentar, entre otros puntos, su tesis sobre la negación del carácter autónomo de la costumbre en nuestro sistema legal.

Sin embargo, hay que advertir que la función de la costumbre no es esa, como se desprende del propio tenor del art. 1.3 CC (“*La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable*”), precepto que no hace depender su validez de una aplicación analógica de normas, propia de normas legales, según el tenor del art. 4.1 CC, sino de suplencia de la Ley, por defectos de previsión.

formación, es, inicialmente, un fenómeno espontáneo, que, con el transcurso del tiempo, y reuniendo los requisitos de validez a los que nos referimos anteriormente (*vid. ap. II.-D.-*), adquiere la condición de norma general.

Sobre la costumbre según ley¹⁹⁵, tradicionalmente se ha concebido así a la costumbre en la interpretación y aplicación de la Ley (costumbre conforme a Ley), de ahí que también sea llamada costumbre *interpretativa* (según el difundido aforismo *Consuetudo optima legum interpretres*)¹⁹⁶; si bien recientemente se alude a la costumbre a la que remite la Ley¹⁹⁷, de la que recibe su valor normativo¹⁹⁸, particularmente de los arts. 1258 y 1287 CC, dado que, en la actualidad, la costumbre está restringida al ámbito dispositivo. El Código Civil guarda silencio sobre la misma, por lo que caben posturas contrapuestas, tanto de aceptación tácita como de tácita exclusión por parte de este cuerpo

¹⁹⁵ Las palabras de RUGGIERO son ilustrativas: “Más delicado es el concepto de la costumbre *secundum legem*, cuya definición oscila entre ideas diversas, mientras algunos designan como tal la costumbre que es conforme a la ley y representa su interpretación y aplicación uniforme, para otros, *secundum legem* es sólo aquella norma que no está en la ley y que sólo adquiere valor o eficacia porque la ley recurre a ella” [DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil* (trad. por Serrano Suñer y Santa-Cruz Teijeiro), I, Madrid, 1979, p. 84].

¹⁹⁶ DE CASTRO advierte que “los jueces y funcionarios dependen directamente de la ley y se excluye la posibilidad de que surja un organismo intermedio con poder legislativo de hecho”, como consecuencia de la utilización de una costumbre de estas características (DE CASTRO, F., *Derecho Civil...*, cit., p. 382).

¹⁹⁷ GORDILLO CAÑAS distingue dos tipos de remisiones:

1) Aquélla, tendente directamente a concretar el mandato legal, en donde el uso invocado actúa sólo en defecto de Ley, al modo propio de una fuente supletoria o subsidiaria; y, añade, no siendo irracional, no tiene que ser costumbre, basta con que sea simple uso, dada la escasa entidad del extremo no específicamente regulado en la Ley remitente.

2) Otra remisión es la que se dirige a concretar o determinar el contenido obligatorio de los pactos o contratos, esto es a integrar la voluntad contractual, en donde, señala este autor, lo normal es que el uso o la costumbre se anteponga a la Ley dispositiva. En este caso, afirma, el dato consuetudinario tampoco actúa como fuente del Derecho, sino que se limita a ser criterio determinador de la voluntad creadora y configuradora de obligaciones singulares (GORDILLO CAÑAS, A., «La costumbre: ¿fuente autónoma...?», cit., pp. 480 y ss.).

¹⁹⁸ DE CASTRO, incidiendo en este punto, dice: “Esta clase de costumbre, a la que las disposiciones legales indistintamente denominan costumbre del lugar o uso, tiene la particularidad de que la remisión legal le da un valor normativo inmediato; el respeto estatal resulta *ex lege* y no es preciso que nazca *ex factis*” (DE CASTRO, F., *Derecho Civil...*, cit., p. 393).

RUIZ VADILLO opina: “A veces la costumbre goza de un puesto preeminente en la jerarquía de las fuentes, pero también en estos casos recibe su fuerza de la ley, a la que en los ordenamientos modernos está siempre subordinada” (RUIZ VADILLO, *La costumbre...*, cit., p. 13).

legal, lo cual tiene su reflejo en el ámbito doctrinal¹⁹⁹. En cualquier caso, se admita o no su carácter de fuente del Derecho, no se puede ignorar el dato de su importancia práctica en el orden jurídico-material²⁰⁰.

Por último, la costumbre *contra legem* fue reconocida en el Derecho Romano²⁰¹ y en nuestro Derecho patrio²⁰², con un carácter derogador de la ley vigente, siendo admitida aún por la doctrina decimonónica²⁰³. Nuestra codificación civil, siguiendo el sistema francés, en el que se inspira²⁰⁴, va a significar un fuerte revulsivo entre la doctrina, por dos razones:

¹⁹⁹ Así, algunos autores la admiten, afirmando que el Código Civil sólo rechaza a la costumbre contra ley. En cambio, SCAEVOLA dice, al respecto: “Calla el Código sobre estos particulares, y sólo se sabe que los tres efectos que la costumbre producía, suplir la ley, interpretarla y derogarla, han quedado reducidos a uno sólo, al primero” (SCAEVOLA, Q. MUCIUS, *Código Civil*, t. I, Madrid, 1912, p. 210).

Otros autores sostienen que, realmente, este tipo de costumbre no crea una nueva norma jurídica, y, en consecuencia, no es fuente del Derecho, sino una mera interpretación de la norma jurídica. BATLLE, refiriéndose al Código Civil, sostiene que la costumbre *secundum legem* “no puede tener valor normativo independiente porque no hay defecto de ley”, y porque, añade, “resulta absorbida por la ley misma que la recoge” (BATLLE VÁZQUEZ, M., *Comentarios...*, cit., p. 54).

²⁰⁰ Como destaca COSSIO: “La costumbre conforme a ley tiene un extraordinario valor, en cuanto unas veces ha sido fuente de origen de la ley misma, sobre todo en el Derecho Privado, en aquellos casos en que ésta se limita a recoger prácticas jurídicas anteriores, con lo que su prestigio crece y su cumplimiento se facilita de un modo extraordinario, sirviendo la costumbre entonces de base para una mejor interpretación del texto legal. Otras veces es la ley la que, con la práctica y general aceptación, llega a incorporar así elementos consuetudinarios, arraigando de este modo en la conciencia de todos” (COSSIO, *Instituciones de Derecho Civil*, I, Madrid, 1988, p. 93).

²⁰¹ En el Digesto (Libro I, Título II, 32) se decía que “no sólo por el sufragio del legislador, sino también por el consentimiento tácito de todos, se derogan las leyes”.

²⁰² Así, en las Partidas (Part. 1; 2; 6), cuando, como hemos visto, dice: “E aun ha otro poderio muy grande que puede tirar las leyes antiguas que fuessen fechas antes que ella (...) esto se debe entender quando la costumbre fuesse usada generalmente en todo el reino”.

Siendo derogada esta Partida por la Novísima Recopilación [Nov. 3; 2 (“De las leyes”); 3 y 11].

²⁰³ Con anterioridad, la doctrina jurídica española de los s. XVI a XVIII admitía, en general, la costumbre contra ley (AZPILCUETA, COVARRUBIAS, NAVARRO, etc.), fundamentando la legitimidad del poder soberano en el pueblo, el cual puede abstenerse de cumplir una ley o de desusar una ley que aceptó originariamente.

²⁰⁴ En la doctrina francesa, sólo COLIN y CAPITANT admiten el desuso de las leyes, pero limitando su eficacia derogatoria a la existencia de una necesidad racional para apartarse de la voluntad expresa del legislador (COLIN / CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. I, trad. española, Madrid, 1922, p. 130).

1) El antiguo art. 6.2 CC²⁰⁵, que aludía al orden de prelación de fuentes del Derecho, reconocía como principal fuente de creación del Derecho a la Ley, la cual ejerce su primacía sobre las demás; y

2) El originario art. 5 CC, objeto de amplias discusiones parlamentarias, excluía, rotundamente, esta clase de costumbre *contra legem*, así como al desuso (lógicamente, se refiere al desuso de ley, no de costumbre)²⁰⁶.

Por tanto, se rompió de forma radical con nuestro Derecho tradicional, lo cual fue objeto de fuertes críticas doctrinales²⁰⁷, que perduraron hasta fechas próximas²⁰⁸ a la reforma del Código Civil en 1974, cuando desaparece la referida norma, apagándose dichas críticas. En efecto, el vigente art. 1.3 CC mantiene inalterable el referido orden de prelación de fuentes jurídicas, cuando establece que “*la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable*”. Pero, aunque se sigue excluyendo enfáticamente la costumbre *contra legem*, se expresa de forma indirecta y menos enérgica en el art. 2.2 CC, que establece que “*las leyes sólo se derogan por otras posteriores*”; esto es, se ha suprimido del originario art. 5 CC, la expresión “*(...) y no prevalecerán contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario*”²⁰⁹. Respecto al desuso de

²⁰⁵ Su dicción era: “*Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido se aplicará la costumbre del lugar, y, en su defecto, los principios generales del Derecho*”.

²⁰⁶ Según dicho precepto: “*Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores y no prevalecerán contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario*”.

²⁰⁷ MUCIUS SCAEVOLA consideraba que el, entonces, recién aprobado art. 5 CC no sería cumplido de forma absoluta en la práctica, pues “cuando una ley cae en desuso, y en oposición a la misma se forma una costumbre, es porque aquella ley no se amolda a las exigencias de la época o a las ideas de los hombres que en ella viven, y serán inútiles cuantos esfuerzos haga el legislador para procurar su observancia” (SCAEVOLA, Q. MUCIUS, *Código Civil comentado*, t. I, Madrid, 1889, p. 58).

VALVERDE, tras declararse partidario de la costumbre *contra legem*, considera que en el Código Civil es posible encontrar excepciones al (originario) art. 5 CC, y menciona al art. 1599 CC, según el cual “*si no hubiera pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega*” (VALVERDE, *Tratado...*, cit., p. 166).

²⁰⁸ Así, VILLAR ROMERO opinaba: “Si queremos centrar el problema en sus términos reales, no puede omitirse que, a pesar de la previsión del *soi-dicent* todopoderoso legislador, a diario vemos cómo por el desuso, por la costumbre, por la práctica en contrario, quedan abrogadas multitud de leyes, sin que hayan sido objeto de derogación formal – expresa o tácitamente – por los órganos competentes del Estado” (VILLAR ROMERO, J. M.^a, «El desuso...», cit., p. 712).

²⁰⁹ En este punto, CRISTÓBAL MONTES, refiriéndose al pfr. LACRUZ, señala que “al afirmar el art. 2.º, 2, que «*las leyes sólo se derogan por otras leyes*» no llega a excluir, en cuanto a las leyes dispositivas, la posibilidad de que un uso prolongado y general en contrario pueda

la ley, al igual que la costumbre *contra legem*, tampoco tiene cabida en esta reforma, pese a su silencio, pues sólo se admite la inaplicación de leyes vigentes por otras posteriores; pero hay que tener presente que el desuso es una *questio facti*, cuya virtualidad práctica no depende de su reconocimiento legal.

F.- FORMACIÓN Y FUNDAMENTO DE SU OBLIGATORIEDAD.

Como señala URÍA, los usos de comercio, “al contrario de la ley, no son una manifestación racional o reflexiva de derecho, sino una manifestación espontánea”, que “hacen su aparición en los centros de actividad comercial, tras un largo proceso de evolución”²¹⁰.

En el proceso de formación del uso se siguen las siguientes fases:

1º. En su génesis, el uso consiste en la repetición de una cláusula en la misma clase de contratos²¹¹, esto es una práctica individual de los comerciantes, que forma parte del contrato (es *pars contractus*), y cuya eficacia reside en el propio vínculo obligacional.

2º. Posteriormente, aparecen las “cláusulas de estilo” entre los propios comerciantes, que se estipulan por escrito en una determinada clase de contratos, las cuales, dada su simplicidad, en el concepto o en las expresiones o abreviaturas utilizados, tras su repetición constante y uniforme en el tráfico, se generalizan y difunden, por necesidades de eficacia y dinamismo de dicho tráfico²¹².

interpretarse como contenido típico de las convenciones, en lugar del predispuesto por la ley” (CRISTÓBAL MONTES, A., «La costumbre, ...», cit., p. 406).

²¹⁰ URÍA, R., *Derecho Mercantil*, cit., p. 21.

²¹¹ Para GARRIGUES, “la *tipicidad* de los contratos mercantiles favorece la formación del uso”. Y señala diversos procedimientos de repetición de cláusulas: 1) una vez, se pactan cláusulas con el acuerdo expreso de que serán aplicadas a los contratos sucesivos; 2) en otras, se hace referencia a los pactos establecidos en otros contratos semejantes; y 3) finalmente, el silencio de una cláusula, que tiene la misma eficacia que una declaración jurídica (GARRIGUES, J., «Los usos de comercio...», cit., p. 824).

²¹² Para VICENT CHULIÁ, F., los usos de comercio, además de este origen contractual (la mayoría de ellos), de cláusulas de estilo que se consideran obligatorias aunque no se pacten (ya son “usos normativos”, señala), existen otros *de origen extracontractual*, que nacen con la

A continuación, el contenido dispositivo de estas cláusulas de estilo se entiende que es aceptado tácitamente por las partes, aunque no se contemplen en el contrato, pues, a falta de un pacto en contrario, se presume (por tanto, admite la prueba en contrario) que integran la voluntad de las partes, imponiéndose a éstas; en suma, aquí juegan un papel primordial la buena fe comercial y la equidad, de forma que, si se quieren modificar antiguas cláusulas sobreentendidas, se hace precisa su declaración expresa. Para SÁNCHEZ CALERO, F., “en este momento nos encontramos ya ante unos usos interpretativos que se aplican al contrato, no como Derecho objetivo, sino por la voluntad de las partes, pues se presume que éstas desean la aplicación de esos usos”²¹³.

3º. Por último, lo que es práctica individual se transforma rápidamente en práctica social, sobre la base del carácter homogéneo del tráfico en masa y a la tendencia a objetivizar las obligaciones comerciales²¹⁴; y así surge el uso de comercio²¹⁵. Ya puede hablarse de la constitución de un uso jurídico, equiparándose a la misma costumbre, en cuanto a su eficacia jurídica, de forma que lo que comenzó en una práctica individual concluye en la conciencia general del territorio en donde tenga su ámbito de aplicación.

consciente adecuación de la actividad empresarial a modelos de conducta (VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, cit., p. 72).

²¹³ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, cit., p. 39.

²¹⁴ Para URÍA, “en rigor, la objetivación del uso, que es lo que le da fuerza normativa, sólo se consigue cuando se practica de modo uniforme, general y duradero o constante, y con la convicción de su obligatoriedad o la intención de continuar un precedente, cuando menos”, y añade que “sólo entonces se apoyará el uso en el común consentimiento que le sirve de fundamento” (URÍA, R., *Derecho Mercantil*, cit., p. 21).

²¹⁵ Para GARRIGUES esta tercera fase, que denomina “fase de la objetivización generalizadora”, “aquella cláusula típica del contrato se destaca de la voluntad de las partes, se aísla de ellas y se convierte en norma objetiva del Derecho (...). La práctica individual ha devenido práctica social, es decir uso” (GARRIGUES, J., «Los usos de comercio...», cit., p. 824).

Según SÁNCHEZ CALERO, F., en este momento esos usos se convierten en “normativos”, de tal forma que disciplinan el contrato “aunque las partes desconocieran su existencia”; y, a continuación, sostiene que esta desconexión de la aplicación del uso de la voluntad de las partes es decisiva a los efectos de la caracterización del uso como «normativo» y, en consecuencia, como fuente de Derecho, tal y como se desprende del párrafo final del número 3 del art. 1 CC cuando dice que “los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre” (SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, cit., p. 39).

En este punto, y adhiriéndonos a la distinción de los usos en normativos e interpretativos, hay que señalar la posibilidad de la gradual transformación de un uso interpretativo en normativo, cuando se difunde de tal forma que se desliga de la voluntad contractual, llegando a imponerse objetivamente como norma jurídica²¹⁶; esto es, cuando dicha norma de conducta se generaliza, de tal modo que alcanza valor normativo e incide en la fase de formación de los negocios a que afecte²¹⁷. Ello no es posible cuando el contenido del uso se limita a una expresión usual del comercio, pues su ámbito está limitado siempre a la interpretación de negocios *ya* formados, y no puede extenderse, por ende, a la *formación* de negocios conforme al uso; tampoco es posible ello, en el caso de las prácticas técnicas, cuya trascendencia jurídica es evidente, pues, comprobada su difusión, se puede presumir que las partes se atienen a ellas y que, por tanto, su infracción puede ser objeto de eventuales responsabilidades.

Por otra parte, la justificación de la obligatoriedad del uso normativo sólo puede suscitarse una vez que el uso ya esté formado, y se imponga, en consecuencia, con carácter imperativo, esto es con independencia de su proceso formativo, ya que, antes, cuando el uso está en vías de formación, carece del carácter de mandato. Pues bien, el fundamento intrínseco de que el uso sea fuente del Derecho mercantil es la voluntad general, de la Comunidad que lo acata, de regularse por tal práctica general, uniforme, duradera y constante. En cuanto al fundamento extrínseco de la obligatoriedad del uso es su reconocimiento expreso por la propia ley positiva, que permite a dicha Comunidad tal regulación; por tanto, en el ámbito mercantil, si no existiera el art. 2 CCo. no se podría reconocer a los usos de comercio su carácter de fuente del Derecho mercantil.

²¹⁶ Vid. CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA, *Recopilación...*, cit., p. 39.

²¹⁷ Como afirma SÁNCHEZ CALERO, “en realidad, el uso interpretativo -aparte de su función de facilitar la interpretación de la voluntad de las partes en un determinado contrato- sirve para la creación, como consecuencia de su utilización continuada, de usos normativos” (SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, cit., pp. 38 y 39).

G.- EFICACIA: LAS RELACIONES ENTRE EL USO Y LA LEY.

A continuación se plantea la cuestión de la eficacia del uso frente a la ley, o lo que es lo mismo la eficacia de las relaciones entre ley y uso²¹⁸. Estas relaciones se plantean en el art. 2 CCo. desde un punto de vista de complementariedad; lo cual contrasta con el tratamiento de total subordinación contemplado en el antiguo art. 5 CC.

Con carácter general, es nula la costumbre que sea contraria a una disposición legal, ya que el art. 1.3 CC establece que aquélla “*sólo regirá en defecto de ley aplicable*”. El análisis de este precepto, que vincula la eficacia de la costumbre a su relación con la ley, permite examinar una serie de cuestiones, de gran trascendencia en el sistema de fuentes del Derecho:

1) La consideración de la costumbre como fuente autónoma, pero subsidiaria, limitada y secundaria²¹⁹.

²¹⁸ BALAGUER CALLEJÓN considera que en la doctrina tradicional de las fuentes del Derecho, “la relación entre ley y costumbre no se plantea como una relación normativa o de producción, sino como una relación de reconocimiento o de remisión a un Derecho que se crea en otro lugar, fuera del ordenamiento estatal-legal”. Y añade que esta doctrina tradicional “nunca analizó en profundidad las cuestiones de validez de las normas, que no le interesaban, sino las de eficacia”, limitando esas cuestiones “a la relación entre ley y costumbre (centrándose, por tanto, en el origen de las normas) desechando todo aquello que pudiera poner en cuestión la supremacía absoluta de la ley sobre el ordenamiento” (BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes...*, cit., p. 41).

²¹⁹ Vid. GORDILLO CAÑAS, A., «La costumbre: ¿fuente autónoma...?», cit., p. 453.

En este sentido, para COSSIO, “la costumbre reivindica el carácter de fuente autónoma del Derecho positivo y no de simple norma cuya eficacia depende de una mera delegación legal” (COSSIO, *Instituciones...*, cit., p. 91).

Sin embargo, esta autonomía está matizada por la nota de subsidiaridad, ya que “el cometido que se le asigna es doble: de una parte habrá de proporcionar el contenido de aquellas leyes en las que se hace remisión expresa o tácita a la costumbre, y de otra, tendrá que llenar los huecos que haya dejado la regulación legal” (DE CASTRO, F., *Derecho Civil...*, cit., p. 385). En consecuencia, es la propia Ley, en su afán de dotar al sistema jurídico de plenitud, evitando la posible existencia de lagunas, la que determina los requisitos y límites que la costumbre ha de reunir para constituir auténticas normas jurídicas.

En este punto, se plantea la cuestión de la posible contradicción existente en el Código Civil entre los originarios arts. 5 y 1976, de una parte, y el art. 6, de otra, en cuanto al reconocimiento de la costumbre como fuente autónoma (contradicción inicialmente denunciada por ALAMEDA Y ROIG, J., «La costumbre como Fuente del Derecho», en *RJC*, 1908, p. 7). Sin embargo, GORDILLO CAÑAS sostiene que, en realidad, “en atención a la ocasión de la introducción de la costumbre en el art. 6º., se entiende éste referido a las costumbres forales, mientras que el 1976, exponente del más peculiar talante codificador, se refería a las costumbres del Derecho

2) La cuestión de la existencia o no de la costumbre imperativa.

Como advierte GORDILLO CAÑAS, el tema de la imperatividad de la costumbre no ha sido objeto de la adecuada atención doctrinal, pues el Estado moderno se ha reservado el monopolio de la imperatividad general, encauzándola en la norma legal, como expresión de la voluntad general²²⁰.

Sin embargo, el término “*regirá*”²²¹, referido en el propio art. 1.3 CC, alude a una nota de imperatividad²²², que hace depender su eficacia a la ausencia de normas legales, lo cual es más evidente tratándose de usos normativos²²³.

3) La subordinación de la costumbre a la Ley.

En el régimen común que establece el Código Civil²²⁴, se puede afirmar que en el Título Preliminar se configura una jerarquía de fuentes del Derecho; reconociéndose a la costumbre este carácter de fuente del Derecho, pero en una clara relación de subordinación con respecto a la Ley, según se desprende del tenor literal del art. 1.3 CC (“*la costumbre sólo regirá en defecto de Ley*

común o de Castilla” (GORDILLO CAÑAS, A., «La costumbre: ¿fuente autónoma...?», cit., p. 425).

En cuanto a su carácter de fuente limitada, en el nuevo art. 1.3 no se alude a la costumbre “*del lugar*”, como sí se hacía en el originario art. 6 CC, lo que supone un profundo cambio (advertido por DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., en *Sistema...*, 7ª. ed., 1990, cit., p. 152), al reconocerse su aplicación a un ámbito geográfico o profesional más amplio, en un intento de su revitalización, de forma que, con la asimilación de los usos normativos a ella, se pretende dar satisfacción a las nuevas demandas que plantean los sectores económicos en cuanto a su capacidad de autonormación.

Por último, su consideración como fuente secundaria se traduce en la necesidad de su prueba, como requiere el art. 1.3 CC, al no regir aquí el principio *iura novit curia* (vid LASARTE, C., *Curso...*, cit., pp. 67 y ss.).

²²⁰ Vid. GORDILLO CAÑAS, A., «La costumbre: ¿fuente autónoma...?», cit., pp. 460 y ss.

²²¹ En igual sentido, el art. 2 CCo. cuando establece que los actos de comercio (...) *se regirán* por los usos del comercio, en defecto de las disposiciones contenidas en el Código de Comercio.

²²² La imperatividad es una nota característica de toda norma jurídica; ello no es óbice para que existan normas dispositivas, cuyo contenido se integra por la voluntad de las partes. Esta afirmación hay que matizarla en un doble sentido:

1) el carácter de la imperatividad sólo es predicable de una norma jurídica general, lo cual no es contrario al hecho de que las normas dispositivas puedan imponerse, siempre que no hayan sido excluidas por los particulares; y

2) en última instancia, dichas normas dispositivas siempre tienen cobertura en otra norma jurídica anterior, que sí está dotada de dicho carácter imperativo, en virtud del órgano legislativo del cual emana ésta.

²²³ Como señala DE CASTRO, “constituye (el uso) una norma de Derecho dispositivo de segunda clase, que sólo podrá tener eficacia cuando lo permitan o no existan normas legales” (DE CASTRO, F., *Derecho Civil...*, cit., p. 394).

²²⁴ Como vimos anteriormente, en el art. 2.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón se admite la costumbre contra ley dispositiva. En igual sentido, el art. 3.2 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de la Presidencia de la Junta de Galicia, sobre Derecho Civil de Galicia.

aplicable”)²²⁵. La generalidad del precepto plantea la duda de si la Ley aplicable, a la que se alude, comprende tanto a la Ley imperativa como a la Ley dispositiva, y si ello también es predicable de los usos normativos²²⁶; en este punto, en nuestro sistema jurídico, en el que prima el principio dispositivo, la costumbre y los usos jurídicos se aplican con prioridad la Ley dispositiva [p.ej. el art. 1258 CC establece el siguiente orden de prelación: pacto, uso y Ley (dispositiva)]²²⁷, siendo admitido igualmente en nuestra jurisprudencia²²⁸ y en la

²²⁵ Por tanto, su eficacia se hace depender de la ausencia de regulación legal en un supuesto concreto, o bien de una remisión legal, en donde la norma jurídica se abstiene en el conocimiento de concretos elementos fácticos y ordena su sujeción a normas consuetudinarias.

²²⁶ DE DIEGO considera que “la costumbre, propiamente tal, contraria a una norma legal, aun dispositiva, no tiene eficacia ni puede ser invocada con éxito a ese título mismamente en los códigos más favorables a esa fuente del Derecho y que la reconozcan alguna beligerancia, a no ser que expresamente así lo dispongan en ciertos casos; como que la costumbre vale sólo en defecto de ley, y para los supuestos en que ésta se remita a ella en el grado y modo en que lo haga (arts. 5º. y 6º. CC)” (DE DIEGO, *El uso*, ..., cit., p. 107). En cambio, pocas líneas antes, al referirse al uso, que lo distingue de la costumbre, señala: “el uso, en alas del principio de autonomía, puede ser invocado *contra legem*; se entiende contra leyes meramente dispositivas y subsidiarias en todas las legislaciones, aun las más enemigas del Derecho consuetudinario, como que el uso vale tanto como la voluntad de las partes que lo cobija, y esa voluntad puede ser contraria a aquellas normas”.

Nuevamente, volvemos a la posición que se adopte en cuanto a la consideración de una sola clase de usos, con funciones normativas e interpretativas, o bien a la distinción de los usos en normativos e interpretativos, a los que se reconocen unas funciones propias y diferenciadas (DE DIEGO, en este punto niega la existencia de usos interpretativos, *vid.* DE DIEGO, *El uso*, ..., cit., p. 103-108). Quien sea favorable a esta diferenciación de los usos y a su aplicación preferente a las propias leyes dispositivas, lógicamente ha de admitir también la existencia de costumbres con tal carácter, al asimilarse a éstas, en virtud del art. 1.3 CC; lo cual no sería posible si sólo se aceptase una única clase de usos (en el caso del pfr. DE DIEGO la cuestión no se suscita, pues diferencia entre costumbre y usos, pero en la actualidad esta postura no es asumible, tras la reforma del Código Civil en 1974, y reconocerse dicha equiparación).

²²⁷ Esta consideración es adoptada por GORDILLO CAÑAS (GORDILLO CAÑAS, A., «La costumbre: ¿fuente autónoma...?», cit., p. 465).

Hay que partir de que, en virtud del nuevo art. 2.2 CC, en el régimen común del Código Civil no se admite la costumbre *contra legem* (con la única excepción del art. 1599, que dice “*si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega*”, como ejemplo claro de ley imperativa), lo cual es incuestionable respecto a la ley imperativa, pero hay que preguntarse si ello también es aplicable respecto a la ley dispositiva. Si la respuesta es afirmativa supondría limitar, en el ámbito estrictamente contractual, en donde tienen una especial relevancia los usos, la eficacia del principio dispositivo.

Por tanto, en este ámbito, es posible la existencia de costumbres y usos (asimilados a éstas, en virtud del párr. 2º. del art. 1.3 CC) contrarios a las leyes dispositivas. Tal es el sentido que cabe interpretar de la expresión “*en defecto de ley aplicable*” en el art. 1.3 CC, que comprende, además de los supuestos de ausencia de regulación legal y de remisión legal, la aplicación preferente de las costumbres y los usos jurídicos a las leyes dispositivas; igualmente, la referencia a las leyes, a la moral y al orden público, como límites al principio dispositivo consagrado en el art. 1255 CC hay que entenderlo referido sólo a las leyes imperativas.

²²⁸ En la STS de 6-10-1965 (RJ 1965\4358) se distingue entre la subordinación de la costumbre, como norma supletoria, a la Ley y la prioridad de la voluntad (cuyo contenido puede estar

doctrina extranjera²²⁹. En lo que discrepa la doctrina es en la fundamentación de dicha preferencia sobre la ley dispositiva²³⁰.

Por lo que respecta al ámbito mercantil, una primera lectura del art. 2 CCo. podría parecer que, en ningún caso, es posible la consideración del uso como fuente del Derecho, al establecer categóricamente que “*los actos de comercio (...) se regirán por las disposiciones contenidas en él*”. Sin embargo, el precepto añade, a continuación, que “*en su defecto, por los usos del comercio (...)*”, texto que es claro, por lo que no cabe ningún atisbo de duda de que atribuye al uso normativo una función supletoria respecto a la ley mercantil²³¹, aplicándose antes que el Derecho común (con la excepción de lo establecido en el art. 50 CCo.), en aquellas materias en las que la ley no dice nada²³².

determinado por el uso o la costumbre) en cuanto a la regulación de las obligaciones nacidas del contrato: “*Es decir, que la sentencia impugnada no aplica esa llamada costumbre, como norma supletoria de la ley, sino que entiende vigentes esas estipulaciones, por la naturaleza del contrato y en aras de la buena fe, porque se suponen pactadas, de manera tácita, en tales contratos, aunque no se puntualicen con todo detalle*” (Cdo. 4°).

²²⁹ Entre otros, en la doctrina francesa, MAZEAUD: “(...) no obstante, hay hipótesis en las cuales la costumbre prevalece sobre la ley: 1ª. La Ley supletoria, por no ser sino interpretativa de la voluntad de las partes, se deroga cuando cae en el olvido, y se encuentra reemplazada por un uso contrario, único tenido en cuenta por los contratantes” [MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil* (trad. por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, L.), I, Buenos Aires, 1959, pp. 117 y ss.].

²³⁰ GODILLO CAÑAS considera que la calificación de la Ley dispositiva, como tal Ley, es suficiente para considerar su primacía sobre la norma consuetudinaria, de nacimiento espontáneo y directo en el cuerpo social. Sin embargo, continúa, el Derecho codificado valora el uso, incluso el que antaño pudo constituir costumbre, como dato a integrar el contenido voluntario del pacto o contrato, de forma que esa voluntad se eleva a ley entre las partes contratantes, anteponiéndose la voluntad privada a la Ley dispositiva (GORDILLO CAÑAS, A., «La costumbre: ¿fuente autónoma...?», cit., p. 467).

En la doctrina, predomina el reconocimiento de la aplicación preferente de la costumbre a la Ley, a través de la integración de aquélla en el pacto de las partes. SANCHO REBULLIDA considera que “al afirmar el art. 2.2 CC que las leyes sólo se derogan por otras leyes, no llega a excluir, sin embargo, en cuanto a las leyes dispositivas, la posibilidad de que un uso prolongado y general en contrario pueda interpretarse como contenido tácito de las convenciones, en lugar del predispuesto por la ley” (SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, cit., pp. 191 y ss.).

²³¹ *Vid.*, la STS (Sala de lo Civil), de 10-7-1989 (RJ 1989\5419), F.D.3°, en donde se señala que los usos de comercio no pueden anteponerse a la propia norma legal; pero de ello se infiere su aplicabilidad, si no hay disposiciones legales mercantiles aplicables, y resultan probados.

En este punto, GARRIGUES señala que el “llamamiento” general de este precepto al uso “significa sencillamente la solución del Derecho positivo al problema de la jerarquía de las fuentes”; y, añade, que ello es muy distinto al supuesto en que la ley deja de regular un supuesto concreto, y se remite al uso la solución del mismo, en cuyo caso “limitada la ley a formular el mandato, vendría el uso a suplir la falta de contenido de ese mandato” (GARRIGUES, J., *Curso...*, cit., pp. 126 y ss.).

²³² En definitiva, nuestro ordenamiento jurídico aboga por su plenitud y armonía, de forma que se suplan las eventuales lagunas jurídicas que se produzcan, así como evitar un estado de

Por tanto, en principio, el uso no puede derogar a la ley mercantil, pues, sostener lo contrario, supondría vulnerar el principio jerárquico establecido en el art. 2 CCo. No obstante, es posible la prevalencia del uso frente a la ley (uso normativo *contra legem*), cuando ésta tenga un mero carácter dispositivo; esto es, la ley es susceptible de derogación, expresa o tácita²³³, en un supuesto concreto, por la voluntad de las partes, las cuales asumen el contenido normativo del uso en el contrato, por ellas celebrado²³⁴. Esta prevalencia del uso *contra legem* ha de ser probada, no siendo admisible ello cuando la ley sea “imperativa”²³⁵, en cuyo caso será nulo el uso aplicado²³⁶.

De otra parte, en ocasiones es la propia ley la que ordena una remisión al uso, en la regulación de una materia determinada, otorgándole así un valor normativo *especial* y especificándole su ámbito de aplicación material, preferente a la misma ley, e incluso espacial; p.ej., el art. 277 CCo., precepto referido al contrato de comisión mercantil, establece que “*faltando pacto expreso de la cuota, se fijará ésta con arreglo al uso y práctica mercantil de*

anarquía jurídica en que se podría incurrir si, *en todo caso*, se permitiera la existencia de usos contrarios a la ley escrita.

²³³ Estos usos de comercio contrarios a la ley pueden derivarse de la reiteración uniforme y constante de una misma cláusula en contratos de igual naturaleza; pero, en este caso, la eficacia derogatoria del uso frente a la norma dispositiva le viene dada por la propia voluntad contractual.

Tratándose de un uso que represente una tácita declaración de voluntad de los contratantes, GARRIGUES afirma que “el uso propiamente no deroga la ley dispositiva: lo que hace es excluir el supuesto de su aplicación, a saber, la falta de una suficiente manifestación de voluntad de los interesados” (GARRIGUES, J., «Los usos de comercio...», cit., p. 831).

²³⁴ Así, VIDARI sostiene que es posible la derogación de las normas legales por el uso cuando éstas tengan solamente carácter dispositivo, fundándose en que la autoridad de la ley sólo puede ser invocada cuando las partes no hayan previsto por sí la disciplina de sus propias relaciones contractuales (VIDARI, *Corso di Diritto Commerciale*, I, Milán, 1893, núm. 139).

Sin embargo, hay autores (GOLDSCHMIDT, SCIALOJA, VIVANTE, ROCCO, BOLAFFIO) que sostienen que el uso no puede prevalecer tampoco frente a las normas de carácter puramente dispositivo, pues ante el silencio de los contratantes –se dice– la primera fuente legal aplicable es la legislación mercantil formalmente sancionada.

²³⁵ En la STS (Sala de lo Civil), de 2-4-1993 (Recurso núm. 2621/1990) (RJ 1993\2985) se afirma que “*tampoco podría atenderse al uso «contra legem» (...) siempre que haya parte contractual perjudicada que se oponga a ello*” (F.D.2°).

²³⁶ El uso mercantil tampoco puede prevalecer frente a la ley civil imperativa, si ésta constituye un principio fundamental del ordenamiento privado. Con ello, se admite la posibilidad de la aplicación preferente de usos mercantiles contrarios a normas civiles de *ius cogens*, si éstas no tienen dicha naturaleza de carácter fundamental; este sentido parece ser el admitido por cierto sector doctrinal (HOUIN) y jurisprudencial francés, según el cual el uso es fuente particular del Derecho mercantil en la medida en que, al igual que la ley mercantil, es capaz de derogar una ley civil imperativa.

la plaza donde se cumpliere la comisión". La remisión legal puede atribuir al uso de comercio, incluso, eficacia derogatoria sobre la misma ley imperativa [vid. el ap. II.-D.-c), sobre el requisito de legitimidad de los usos de comercio].

H.- LA PRUEBA DEL USO.

a) Criterio general.

a') *Justificación de la necesidad de prueba.*

La relatividad, de carácter esencial, de los usos, en cuanto a materia, personas, espacio, tiempo y circunstancias, requiere, en caso de duda o de litigio, su confirmación a través de la prueba, o comprobación de su existencia real y aceptación común.

Entre la doctrina clásica siempre se ha planteado la necesidad de probar el Derecho consuetudinario²³⁷, esto es de demostrar su validez y eficacia jurídica,

²³⁷ ALCALÁ-ZAMORA ya se refería a esta cuestión en los siguientes términos: "*En principio*, si el Juez está obligado a conocer el Derecho, tan Derecho es la ley como la costumbre" (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «La prueba del Derecho consuetudinario», en *RDP*, 1934, pp. 146). Pero, en el caso de la costumbre, destaca la exigencia de prueba, con el fin de que el Juez pueda adquirir la certeza de su existencia, lo que no es exigible de la ley; y transcribe las siguientes palabras del pfr. DE DIEGO: "el conocimiento de la costumbre sugiere mayores dificultades que el de la ley; al fin, ésta se concreta en un solo acto, *hecho notorio a todos mediante la publicación*, mientras que aquélla queda incorporada a un uso lentamente formado, a hechos oscuros, no ofreciendo, por otra parte, su regla las condiciones de nitidez y sistematización que la legal" (DE DIEGO, *Fuentes del Derecho civil español*, Madrid, 1922, p. 347).

De igual opinión es DE LA VEGA BENAYAS, quien sostiene: "Pensamos con estos autores (se refiere a DE DIEGO y ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO) que la costumbre, como norma de rango directo por imperativo legal, bien que subsidiaria, debe aplicarse de oficio, sin esperar que los interesados que la aleguen y prueben. Y si no por imperativo legal, por el principio general que excusa de la prueba a los hechos notorios, con la garantía objetiva del conocimiento

pues, como señala SÁNCHEZ CALERO resulta difícil conocer cuáles son los usos mercantiles, dada su falta de fijeza y claridad, así como distinguir, en muchas ocasiones, las cláusulas que han adquirido el carácter de uso (en el sentido de normativo) de las que son simplemente cláusulas de estilo o están en el estadio de los usos interpretativos²³⁸. En definitiva, de lo que se trata es de conseguir que el Juez tenga conocimiento de la existencia y vigencia de la costumbre (en lo sucesivo, entiéndase englobada en el concepto de ésta, también, a los usos normativos, en virtud del art. 1.3 CC, y del art. 2 CCo.) de que se trate; en lo que discrepa la doctrina es en el sujeto y en el modo de aportación de los datos necesarios para inferir dicha existencia, pudiendo distinguirse dos posiciones opuestas:

- 1) Una, que arranca de los glosadores, cuando se generaliza el principio de que el Juez había de conocer *ex officio* el Derecho, pero que las costumbres, como hechos, en cuanto no fueran notorias, habían de ser *probadas por las partes*.
- 2) Frente a la anterior, se levanta la tesis postulada por PUCHTA, quien parte de que es obligación del Juez conocer el Derecho, y, siendo la costumbre jurídica tan Derecho como la ley, sostiene que *el Juez habrá de investigar ex officio* aquellos principios consuetudinarios que les son desconocidos²³⁹.

El Tribunal Supremo, por su parte, ha sostenido tradicionalmente el criterio de que los usos de comercio han de ser probados por quien alegue su

general, es decir, no del conocimiento privado del Juez” (DE LA VEGA BENAYAS, C., «La doctrina de las fuentes...», cit., p. 202).

Por su parte, GARRIGUES afirma que “el carácter vario, heterogéneo y cambiante de los usos según las distintas ramas del comercio y la diversidad de plazas, hace muy difícil que los jueces no especializados, es decir, los jueces civiles, conozcan en cada caso el uso o los usos adecuados para decidirlo” (GARRIGUES, J., «Los usos de comercio...», cit., p. 830).

La dificultad de que los Tribunales puedan conocer en la práctica la totalidad de los usos de comercio, a la que alude el pfr. GARRIGUES, se explica, en gran parte, por la desaparición de los Tribunales mercantiles especializados y su integración en la jurisdicción ordinaria, eliminándose así el carácter profesional que los caracterizaba. Sobre el desarrollo histórico de la jurisdicción mercantil, *vid.* el núm. Marginal 554.

²³⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, cit., p. 40.

²³⁹ Esta posición también es mantenida por otros autores de la doctrina clásica, tales como GENY, GOLDSCHMIDT, VIVANTE y NAVARRINI, quienes, partiendo de la distinción de los usos en normativos e interpretativos, sostienen que el uso legal no ha de ser probado ante el Juez, pues es oficio suyo conocerlo y aplicarlo como norma de Derecho objetivo; en cambio, dicen, el uso interpretativo, al tratarse de un puro hecho, ha de ser probado por la parte que lo invoque.

existencia²⁴⁰, salvo que sean usos notorios²⁴¹; y se basa fundamentalmente en razones prácticas (entre otras, la incertidumbre de su existencia, al tratarse de normas consuetudinarias de derecho no escrito, así como su variedad y el carácter local)²⁴².

No obstante la anterior postura jurisprudencial, consideramos que se está refiriendo a usos interpretativos, lo cual no es extrapolable a los usos normativos, por su consideración de costumbre, esto es de norma de Derecho objetivo²⁴³. El conocimiento del Derecho, sea legal o consuetudinario (tratándose de usos normativos), compete al Juez, deber que la ley le dispensa *sólo* en el supuesto de imposibilidad material o de las grandes dificultades que su cumplimiento supondría. Cuando el art. 1.3 CC prescribe que “*la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que (...) resulte probada*”²⁴⁴, lo

²⁴⁰ Vid. la STS de 25-2-1925, entre otras.

En virtud de la STS de 3-1-1933 (RJ 1933\1404), “*tampoco puede prevalecer el segundo motivo del recurso porque para nada se adujeron en el pleito los usos mercantiles, ni en su consecuencia se concretaron ni probaron cuáles fueran los que se suponen infringidos*” (Cdo. 2º).

Más recientemente, según la STS (Sala de lo Civil), de 16-11-1994 (Recurso núm. 1336/1991) (RJ 1994\8837), “*el uso negocial supone la existencia de una conducta repetida y uniforme en el mundo de proceder de los negocios, que, no siendo interpretativa, el artículo 1.3 del Título Preliminar del Código Civil la considera como costumbre, luego hay que probarla por quien la alega*” (F.D.6º).

²⁴¹ Sirva de ejemplo la STS de 27-4-1945 (RJ 1945\685), en la que se afirma que “*es notorio el hecho de que diariamente se efectúan infinidad de ingresos directos o indirectos en cuenta corriente por deudores del titular de la cuenta con la finalidad de extinguir deudas dinerarias, y por razón de la notoriedad del hecho no es necesario probarlo*” (Cdo. 8º).

²⁴² P.ej. en la STS de 29-9-1925 se dice que “*a falta de estipulación escrita o verbal se atenderá el Tribunal a los usos y costumbres de cada localidad; fuente de Derecho que exige una demostración escrita*”.

²⁴³ Como señala GARRIGUES: “El uso convencional, en este sentido, tiene que ser probado ante el Juez. Tratándose de reglas de conducta contractual, que se presumen queridas por los contratantes, será siempre posible demostrar que éstos no conocían el uso o no han querido aplicarlo”. Por el contrario, “el uso normativo es, en absoluto, independiente de la voluntad de las partes. Se impone a ellas como norma de Derecho objetivo. Su validez es incondicionada. En tal concepto no necesita ser probada ante el Juez, porque éste tiene **obligación de conocer el Derecho objetivo** (*iura novit curia*)” (GARRIGUES, J., «Los usos de comercio...», cit., p. 827).

²⁴⁴ O, en iguales términos, el antiguo art. 6 CC, que establecía la aplicación de la costumbre del lugar, cuando no hubiese ley exactamente aplicable al punto controvertido. A cuyo respecto, DE DIEGO consideraba que “la prescripción del artículo 6º. implica el mandato de investigar *ex officio* si en el punto en cuestión hay o no una verdadera y legítima costumbre” (DE DIEGO, Fuentes..., cit., p. 352).

que la norma establece es un *mandato*, dirigido al Juez, de *investigar de oficio*²⁴⁵ la existencia de una costumbre, en cuanto que en él concurre la función de interpretación y aplicación del Derecho (art. 1.6 CC). Sin embargo, nuestros Tribunales, lejos de seguir este camino, marcado por la ley, especialmente tras la aprobación del antiguo art. 6.1 CC, ha sido fiel a su tradición, que hace depender la eficacia de la costumbre a que haya sido cumplidamente probada, omitiendo nuestra jurisprudencia la elaboración de una doctrina relativa a los principios y medios a que el Juez habría de atenerse en la práctica de la investigación referida, así como al momento procesal y la forma de llevarse a cabo la misma; lo cual hubiese sido muy valioso, ante la completa falta de regulación de la prueba del Derecho consuetudinario en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, anterior a la actualmente vigente de 2000.

También entendemos que la validez jurídica de la costumbre (eso es, como norma jurídica, de carácter consuetudinario) no puede depender de su consideración de un puro hecho procesal, o incluso como hecho notorio conocido por el Juez. Ello desembocaría en inseguridad jurídica, dependiente de que el Juez la aporte o no al proceso, o de que las partes la aleguen o no, según su conveniencia particular.

Por otra parte, el art. 1.3 CC no hace mención a que la costumbre sea alegada; es decir, no establece ninguna regla relativa a la carga de la prueba, bastando con su prueba, comprensiva, por tanto, de su alegación parcial como de la actividad judicial *ex officio* tendente a su constatación procesal. Lo contrario supondría reducir la actividad probatoria a su alegación por las partes procesales, y dejar el cumplimiento de dicha norma a su arbitrio.

También, el Código Civil italiano se expresa en idéntico sentido, cuando establece en el art. 8.1 que “*en las materias reguladas por leyes o reglamentos los usos tienen eficacia sólo en cuanto son invocados por los mismos*”.

²⁴⁵ Con la expresión “*investigación de oficio*” se alude a que la averiguación necesaria la impulse y determine el Juez, quien podrá utilizar, además de los medios probatorios adecuados, todos aquellos medios que sean aptos para alcanzar el objetivo propuesto. Esta posición representa un punto intermedio entre la postura absoluta de investigación judicial *ex officio* y la pauta marcada por la jurisprudencia española de la proposición de prueba a instancia de parte.

Por último, la intervención del Juez en el sistema probatorio solamente si son usos notorios²⁴⁶ supone una importante restricción a su labor de interpretación y aplicación de las normas consuetudinarias. Así, puede suceder que el Juez tenga una certeza indubitada sobre la existencia de una determinada costumbre o uso, y, sin embargo, deba rechazar como *infundada* por falta de prueba (no meramente como *inadmisibile*) la pretensión amparada por dicha norma consuetudinaria, por diversas circunstancias (p.ej. proposición inoportuna, empleo de medios inadecuados, o defectuosa conducción técnica de las diligencias probatorias, por la parte a quien interesa demostrar su existencia y contenido).

b') El objeto de prueba.

Un tema particular que suscita la prueba de la costumbre es el determinar si esta actuación ha de versar sobre la existencia o el contenido. DE DIEGO opta por la fórmula conciliadora de GENY, según la cual “el Juez que no tenga por sí mismo conocimiento suficiente de la costumbre, puede requerir la prueba de ella a la parte que la invoca, y además ésta, sin esperar la invitación del Juez, puede proponerle la costumbre que crea aplicable, y ofrecer probar, *tanto su existencia como su contenido*”. Y entiende que “la solución armónica o compositiva parece triunfar porque atiende a los *dos aspectos* de hecho y de derecho que en la costumbre se dan”²⁴⁷, aludiéndose a la existencia (considerada como *hecho*) y al contenido (constitutivo de *derecho*) de la costumbre.

²⁴⁶ Esta importante cuestión, desarrollo del principio *notoria non egent probatione*, formulado en las fuentes canónicas, ya es formulada por STEIN en 1893 (STEIN, *Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig, 1893, pp. 2 y 3, 21, 55, 85 y 139-169). Este autor distingue entre *hechos de notoriedad general*, que son conocidos por todo el mundo o por un gran número de personas (tales como acontecimientos históricos, fechas señaladas, relatos de prensa, etc.) y *hechos de notoriedad judicial*, que son conocidos por el Juez o Tribunal a consecuencia del ejercicio de su función (STEIN, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts*, 3ª. ed., preparada por JUNCCKER, Tübingen, 1928, pp. 247 y 248); estos últimos no han de confundirse con los hechos que el Juez sepa en virtud de su *conocimiento privado*, como particular, y que, como es obvio, habrán de ser objeto de prueba.

²⁴⁷ DE DIEGO, *Fuentes...*, cit., p. 348.

En lo que acierta el citado autor es en ofrecer una visión integradora de la costumbre, en tanto que ambos aspectos, que también se predicán de la ley, son *inseparables* para la formación del concepto de costumbre jurídica. Lo que resulta discutible es que la prueba del *contenido* se confíe exclusivamente en la parte que la alega, pues, en último término, es el Juez quien ha de proceder a su admisibilidad²⁴⁸.

De forma que no es admisible una actitud pasiva por parte del Juez, que se limite a la mera admisión de la prueba propuesta por la parte, sino que también *puede y debe* realizar una investigación de la *posible* existencia de una norma consuetudinaria, aplicable a un supuesto concreto, cuando no sea contemplado por la ley, pues, como establece el art. 1.7 CC, “*los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido*”²⁴⁹, en el que se integra la propia costumbre. En definitiva, la verificación de la existencia de una costumbre o uso normativo no es un derecho que corresponda a la parte que la alegue, sino una *facultad* que compete al Juez, cuando no haya norma aplicable al supuesto controvertido.

Por tanto, el Juez puede aplicar la costumbre o uso (normativo) de muy diversas formas, como dispone el art. 282 de la actual Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)²⁵⁰:

1) Desde luego, puede permanecer inactivo y esperar la proposición de prueba por la parte interesada.

²⁴⁸ El error en que incurre DE DIEGO procede de la confusión entre los actos *constitutivos* de la costumbre y la *realidad de esos actos* en el momento en que son objeto de prueba, pues una costumbre que *existió* puede *no existir ya*; precisamente, la duda de su existencia actual es lo que motiva su prueba.

²⁴⁹ En el derogado art. 6 CC, anterior a la reforma de 1974, se reconocía, incluso, la responsabilidad en que podía incurrir el Tribunal que rehusase fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

²⁵⁰ BOE núm. 7, del 8; rect. en BOE núm. 90, de 14 de abril, y BOE núm. 180, de 28 de julio de 2001. En la D.F.21ª. se establece la entrada en vigor de esta Ley al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

El referido art. 282 establece: “*Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley*”.

2) Pero también puede realizar una investigación de oficio, utilizando diversos medios probatorios procesales, como tendremos ocasión de referir a continuación; o, incluso, indagar en obras y artículos de la doctrina científica. Tratándose de costumbres o usos notorios ha de aplicarlos directamente, ya que, como dispone el art. 281.4 LEC, “*no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general*”, aplicación, que no prueba, predicable también de las costumbres y los usos en los que el Juez tenga un conocimiento ocasional.

c') *Tratamiento legal.*

De lo expuesto anteriormente, se puede deducir que la prueba, *a instancia de parte* (como veremos, a continuación, al examinar el art. 282 LEC), sólo regirá en el caso de los usos interpretativos²⁵¹, ya que, como señalaba en 1964 el propio CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA: “Siendo (los usos interpretativos) un ‘quid facti’ dentro de las relaciones negociables entre las partes, deben ser probados por aquella que los alega en tiempo y forma, esto es, sometándose al régimen general probatorio que establece la Ley procesal civil. En cambio, cuando se trata de un *uso normativo* no pueden utilizarse idénticos criterios porque, en tal caso, ya no se trata de verificar un *hecho*, sino de constatar la norma jurídica aplicable al supuesto controvertido (...). En la prueba del uso normativo no pesa tanto el interés de los particulares de adecuar sus relaciones al uso en cuestión, sino el interés superior del propio ordenamiento jurídico que obliga al Juez a

²⁵¹ GARRIGUES describe, en este punto: “Según la doctrina corriente, mientras el uso legal no tiene que ser probado ante el Juez porque es oficio suyo conocerlo y aplicarlo, como norma de Derecho objetivo (*ius allegatur non probatur*), el uso convencional como elemento de puro hecho ha de ser probado por la parte que lo invoque (*da mihi factum, dabo tibi ius*)”. No obstante, opina, a continuación, que, cuando ninguna de las partes invoque el uso, el Juez “investigará de oficio la existencia del uso, dirigiéndose a los organismos encargados de recopilar esta clase de normas”; cuando alguna de las partes lo haya invocado, “será la parte que invoque el uso la encargada de aportar su prueba”. Y afirma: “En definitiva, el uso habrá que probarlo, tanto si su función es meramente interpretativa, como si su función es supletoria de la voluntad contractual” (GARRIGUES, J., «Los usos de comercio...», cit., p. 830).

aplicar el uso, respetando la categoría jerárquica que la Ley le otorga (art. 2 CCo.) (...). Por esta su propia naturaleza puede ser alegado en cualquier estadio de la causa y el Juez está obligado a aplicarlo, aunque no haya sido invocado por las partes por ser un uso notorio cuando tenga conocimiento directo de su existencia”²⁵².

El Código de Comercio no contiene ninguna norma en esta materia, por lo que hay que acudir al Derecho común, como Derecho supletorio, en virtud del art. 2 CCo., y, más concretamente a la regla general del art. 1.3 CC., en cuya virtud el uso de comercio, por su consideración de costumbre, habrá de resultar probado²⁵³.

El Código Civil, antes de la reforma del Título Preliminar de 1974, silenciaba la necesidad de la prueba de la costumbre. Ahora, acogiendo el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo, anteriormente expuesto, el art. 1.3 CC establece que la costumbre sólo regirá cuando, además de no ser contraria a la moral o al orden público, resulte *probada*²⁵⁴. Por tanto, una

²⁵² CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA, *Recopilación...*, cit., p. 41.

²⁵³ En este punto de la prueba, la STS de 8-7-1977 (RJ 1977\3499) dice que “*no se logró probar por quien debía hacerlo la realidad de un uso mercantil contenido de esa exigencia, antes al contrario hay constancia en los autos de dos informes respectivamente del Banco de España y del Consejo Superior Bancario donde terminantemente se dice que no existe uso mercantil conocido que requiera la referida obligación de vigilancia de la aplicación efectiva de los préstamos otorgados*” (Cdo. 2º.).

En igual sentido, la STS (Sala de lo Civil) de 30-6-1980 (RJ 1980\2417), admite, en un contrato de transporte, la prueba “*«como hecho» (al modo requerido por la reiterada y uniforme doctrina jurisprudencial de este Tribunal) el uso o práctica comercial según el que los conductores, al llegar al punto de destino, efectúan nuevos contratos para el regreso, a fin de no hacerlo de vacío, justo en beneficio del porteador, sin necesidad de constancia especial de la autorización de éste, en cuyo nombre actúan que se presume salvo prueba en contrario, firmando la oportuna carta de porte al modo como se hizo en este caso*” (Cdo. 2º.).

Finalmente, en la STS de 2-4-1993 (RJ 1993\2985), cit. en el núm. Marginal 235, se afirma que “*el Código Civil, aparte de exigir que la costumbre se pruebe suficientemente, [Sentencias, entre otras, de 28-6-1982 (RJ 1982\3446)], sólo acude a ella «en defecto de Ley aplicable» (art. 1.3); hipótesis no concurrente en este caso por regir la regulación legal de los arrendamientos de cosas y de servicios*” (F.D.2º.).

²⁵⁴ Con anterioridad a la reforma del Título Preliminar, el art. 2.2 de la Compilación aragonesa, de 1967, ya estableció este requisito probatorio cuando decía que “*los Tribunales apreciarán la existencia de la costumbre a virtud de su propio conocimiento y de las pruebas aportadas por los litigantes*”. En la actualidad, el texto consolidado por la D.F.1ª. de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de la Presidencia de la Diputación General de Aragón, sustituye la expresión “*su propio conocimiento*” por el de “*sus propias averiguaciones*”, en lo demás el precepto se mantiene

diferencia más, entre otras, de la costumbre, con respecto de la ley, es que ésta, para su aplicación jurisprudencial, basta con alegarla, no siendo necesario, además, probarla. El requisito probatorio, no exigido en el texto originario del Código Civil, antes de la reforma de 1974, se explica porque en el actual sistema, frente al anterior, circunscrito a la costumbre local, se admite la costumbre general, cuya notoriedad resulta siempre más imprecisa; de forma

íntegro. La Exposición de Motivos de la Ley 1/1999, citada, explica la razón de este cambio terminológico: “*Aunque bien podía entenderse que el propio conocimiento incluía la realización de averiguaciones para formarlo, la invitación más explícita a los Jueces y Tribunales a averiguar con los medios que las leyes de procedimiento les brindan la vigencia de una costumbre es acorde, a la vez, con la creciente iniciativa que van asumiendo legalmente en los procesos civiles y con la conveniencia de que no dejen de aplicarse, cuando proceda, costumbres realmente existentes*”.

Igualmente, la ley 3, párr. 2º., de la Compilación navarra, de 1973, dispensa de este requisito probatorio a las partes cuando se trate de una costumbre notoria (“*la costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada ante los Tribunales*”).

En la misma línea, el art. 1.2 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, por la que se aprueba el Derecho Civil Foral del País Vasco, sólo exige la prueba de la costumbre que no sea notoria (“*la costumbre que no sea notoria deberá ser probada*”), si bien no alude a la alegación parcial.

Por último, también el art. 2.1 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de la Presidencia de la Junta de Galicia, sobre Derecho Civil de Galicia, exime de prueba a los usos y costumbres notorios. Pero aporta, como novedad, su definición de los usos y costumbres notorios, que comprende “*además de los usos y costumbres compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o por la antigua Audiencia Territorial de Galicia*”.

Recientemente, el Tribunal Constitucional, se ha pronunciado en torno al art. 2.2 de la Ley 11/1993, de 15 de julio, de la Presidencia de la Junta de Galicia, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial (DOG núm. 141, de 26 de julio; BOE núm. 271, de 12 de noviembre), precepto que incluye, como específico motivo para fundar el recurso de casación civil foral:

«2. *Error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre.*

Los usos y costumbre notorios no requerirán prueba. A los efectos de este recurso son notorios, además de los usos y costumbres compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o por la antigua Audiencia Territorial de Galicia».

Respecto a la introducción por el Parlamento de Galicia de una especialidad procesal del recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia, el Tribunal Constitucional declara la constitucionalidad del párr. 1º. del referido art. 2.2, que justifica “*en usos y costumbres configuradores de las instituciones de su privativo Derecho foral*” [STC (Pleno), de 25-3-2004 (BOE núm. 99 (suplemento), de 23 de abril; Recurso de Inconstitucionalidad núm. 3141/1993) (RTC 2004\47), F.J.13].

Asimismo, el Alto Tribunal ha declarado la constitucionalidad del párr. 2º. del mencionado art. 2.2, precepto que exonera de prueba a los usos y costumbres notorios, pues, afirma, “*la notoriedad del Derecho consuetudinario gallego dispensa de su prueba cuando tal fuente del Derecho foral sea invocada como fundamento o motivo del recurso de casación*”; y añade que “*nos hallamos ante una especialidad o singularidad procesal, en el ámbito de la actividad probatoria, que entronca de manera directa con el derecho sustantivo que se trata de proteger a través del instrumento procesal del recurso de casación*” [STC (Pleno), de 25-3-2004, cit., F.J.14].

que la prueba de la costumbre (sea general o local) se establece por razones de seguridad jurídica, como mecanismo que acredite su existencia y aceptación por la comunidad.

En este punto, es de destacar el nuevo sistema probatorio establecido en la nueva LEC de 2000 (Capítulos V y VI, del Título I, del Libro II). Previéndose expresamente en el art. 281, ap. 2, la prueba de la costumbre, la cual “*no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público*”²⁵⁵; declarándose asimismo en el ap. 3 que “*están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes*”.

Por tanto, **cuando no exista conformidad** entre las partes sobre la existencia y/o el contenido de un uso, la que lo alegue habrá de probarlo²⁵⁶, pues, en virtud del art. 282 LEC, *ab initio*, “*las pruebas se practicarán a instancia de parte*”, debiendo reunir la prueba, entonces, los requisitos de pertinencia, utilidad y licitud exigidos en el art. 283 LEC; la anterior regla general se excepciona cuando se trate de un **uso notoriamente conocido**²⁵⁷, en cuyo caso no será necesario probarlo, y el juez o tribunal lo aplicará de oficio²⁵⁸, rompiéndose así el silencio que el Código Civil ha mantenido sobre la necesidad o no de prueba de los usos notorios. Ello no obsta a que, en caso de disconformidad, el juez pueda procurarse de oficio otros elementos de juicio, para asegurarse de la existencia del uso, pues no está obligado a atenerse exclusivamente a las pruebas que las partes hayan podido aportar al proceso; y, así, también en virtud del art. 282 LEC, el tribunal “*podrá acordar, de oficio,*

²⁵⁵ El art. 1.3 CC exige, además de que resulte probada y que no sea contraria al orden público, que la costumbre no sea contraria a la moral, para que rija en defecto de ley aplicable.

²⁵⁶ En caso contrario, cuando la contraparte se oponga al empleo de una costumbre jurídica deberá ser quien pruebe que la norma consuetudinaria está en desuso o redujo su ámbito de aplicación material o espacial. Tarea de investigación, ésta, que el Juez podrá realizar de oficio cuando le conste alguno de estos efectos.

²⁵⁷ El art. 281, ap. 4, de la LEC habla de hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

²⁵⁸ En efecto, el art. 1.3 CC no diferencia entre costumbre notoria y no notoria, por lo que hay autores, como CRISTÓBAL MONTES, que consideraban que la prueba de las mismas es predicable de ambas clases de costumbres (*vid.* CRISTÓBAL MONTES, A., «La costumbre...», cit., p. 408).

que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”²⁵⁹.

b) Medios probatorios.

La prueba de la existencia de los usos del comercio puede realizarse por cualquier medio admitido en Derecho. En este sentido, el art. 299 LEC reconoce distintos medios de prueba, de que se podrá hacer uso en juicio: interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial, interrogatorio de testigos, y cualquier otro no previsto expresamente del que pueda obtenerse certeza sobre hechos relevantes²⁶⁰.

En este sentido, hay que afirmar que es difícil formular una graduación entre los distintos medios probatorios, dada la variabilidad de circunstancias en cada caso, siendo el criterio judicial el que fije el grado de convicción que pueda derivarse de uno u otro medio de prueba. Sin embargo, el art. 300 LEC establece que salvo que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, acuerde otro distinto, las pruebas se practicarán en el juicio o vista por el orden siguiente: 1º. interrogatorio de las partes; 2º. interrogatorio de testigos; 3º. declaraciones de peritos sobre sus dictámenes o presentación de éstos, cuando excepcionalmente se hayan de admitir en ese momento; 4º. reconocimiento judicial, cuando no se haya de llevar a cabo fuera de la sede del tribunal; 5º. reproducción ante el

²⁵⁹ En relación con los usos de comercio, y los dictámenes emitidos por organismos profesionales, *vid.* la STS de 14-11-1951 (RJ 1951\2714), que admite un dictamen técnico con “*carácter de prueba pericial*”, no de mero documento (Cdo. 1º).

²⁶⁰ Con anterioridad a la nueva LEC, el art. 1215 CC establecía que “*las pruebas pueden hacerse: por instrumentos, por confesión, por inspección personal del Juez, por peritos, por testigos y por presunciones*”. Con la aprobación de la LEC de 2000, en virtud de su D.D. Única, ap. 2, se derogan los arts. 1214, 1215, 1226 y 1231 a 1253 CC; esto es, en el Código Civil se suprimen las normas relativas a los medios de prueba, pero se mantienen aquellos preceptos relativos a los documentos, que pueden tener relevancia, y no pequeña, en el tráfico jurídico, y cuya raigambre, en materia de certeza y eficacia extrajudiciales, ha aconsejado no derogarlas, según manifiesta la Exposición de Motivos de la LEC, en su ap. XX.

tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes.

En lo que respecta, estrictamente, al estudio de los usos de comercio, destacamos los siguientes medios de prueba, los cuales se pueden aportar de forma aislada o conjunta, siempre que no se excluyan entre sí:

a') *Las recopilaciones escritas de usos mercantiles.*

Esta tarea compete a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, que, “*en cuanto Corporaciones para el fomento de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación, y como Órganos consultivos de la Administración, están facultadas en sus respectivas demarcaciones para: (...), **recopilar** y difundir los usos mercantiles de su demarcación*” (art. 3, ap. J, de su actual Reglamento General de 1974)²⁶¹.

El art. 2.1, ap. b), de la LBCO alude a las costumbres y usos *normativos* mercantiles, así como las prácticas y usos de los negocios; y configura, asimismo, la referida facultad en base a una función de carácter público-administrativo asignada a las Cámaras, que se justifica, como señala su Exposición de Motivos, ante la imposibilidad de que fuesen desarrolladas eficazmente por una multiplicidad de asociaciones representativas de intereses muchas veces contrapuestos; a ello cabe añadir también la cercanía que estas Cámaras mantienen con el tráfico mercantil, lo que permite conocerlo con un alto grado de exactitud.

²⁶¹ Este Reglamento General fue aprobado por D. 1291/1974, de 2 de mayo (BOE núm. 112, del 10; rect. en BOE núm. 131, de 1 de junio). Dicho Decreto fue modificado por los RR.DD. 753/1978, de 27 de marzo (BOE núm. 94, de 20 de abril); y 816/1990, de 22 de junio (BOE núm. 152, del 26; rect. en BOE núm. 163, de 9 de julio). En concreto, el referido art. 3 fue derogado por el mencionado R.D. 753/1978, dotándolo de un nuevo contenido, que es el transcrito.

De otro lado, según lo establecido en la D.D. Única contenida en la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación (BOE núm. 70, del 23) (LBCO, en adelante), el presente Reglamento se mantiene en vigor, salvo en lo que se refiere al recurso cameral permanente, en cuanto no se oponga a esa Ley y hasta tanto se dicten las normas reglamentarias sustitutorias.

Existe una *Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles seguidas en España*²⁶², publicada en 1964 por el Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España²⁶³, demasiado tiempo, teniendo en cuenta que no se han publicado más recopilaciones desde entonces, por lo que es deseable la revisión periódica de éstas. De hecho, ésta es la primera, y única, Recopilación general de usos hecha en España²⁶⁴, con la pretensión de no ser una obra definitiva, sino destinada a ser revisada y debidamente

²⁶² Para SÁNCHEZ CALERO, es sintomático la propia vaguedad del título de la Recopilación mencionada y que en el cuidado estudio preliminar de la misma se venga a reconocer, como ya habían indicado diversos autores, que la contratación en serie y los formularios que ésta lleva implícita hayan hecho perder a los usos la tradicional importancia que tenían como fuente del Derecho mercantil (SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, cit., p. 40).

²⁶³ La obra fue realizada, en virtud del encargo del Ministro de Comercio, por el Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, como órgano de representación de estas instituciones, herederas de sus precedentes, las Reales y Particulares Juntas de Comercio y los Consulados de Mar y Tierra. Estas Cámaras nacen con vigor, justamente en el momento en que la revolución francesa suprime las organizaciones corporativas y da paso a las de carácter jurídico-mercantil, como son los Consulados, las Lonjas y las Ferias de Comercio, y, por ende, a las Cámaras de Comercio, llamándolas así a las representativas de actividades económicas constituyentes de actos mercantiles.

La tarea recopiladora se realizó en tres fases:

1) La primera fase, consistió en una actuación investigadora, desarrollada por las propias Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, en cuanto a los usos, prácticas y medidas habituales, aplicables en la actividad mercantil de sus respectivas demarcaciones. A tal fin, las distintas Cámaras afrontaron esta labor recopilatoria previa a través de la formación de un cuestionario general, al que se añadió otro especializado por sectores, que sirvió de base para obtener la información estimada de mayor trascendencia; habiéndose desechado, por razones de urgencia, la utilización, también, del cauce de las asambleas generales de los empresarios más representativos, dadas las exigencias de requisitos formales y temporales (p.ej. en materia de convocatorias y de sesiones de trabajo), que habría aportado mayores garantías de una recopilación exhaustiva, veraz y participativa.

2) A continuación, las recopilaciones parciales fueron remitidas al Consejo Superior en la fecha prevista, y este organismo elaboró un Documento de Trabajo Preliminar, o primitiva Recopilación, distribuido en cinco volúmenes, ordenados alfabéticamente.

3) Por último, el anterior esbozo es corregido y revisado por una Comisión de Redacción, órgano colegiado, creado *ex proffeso* por el Ministerio de Comercio, integrado por profesores, Técnicos comerciales y Secretarios de Cámaras, que publica el texto definitivo, mejorado, si bien suprime, por considerarlo objeto de otro trabajo y de otro momento, lo referente a competencia desleal.

²⁶⁴ La obra se configura, no como una codificación (*vid.* CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVIGACIÓN DE ESPAÑA, *Recopilación...*, cit., p. 19), sino como una Compilación de los usos de comercio vigentes en 1964, fecha de su publicación, que puede también ser utilizada “para contrastar los buenos usos y prácticas con sus vulneraciones” (CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVIGACIÓN DE ESPAÑA, *Recopilación...*, cit., p. 21). Esto es, la citada empresa recopilatoria de usos y prácticas comerciales fue asumida por las propias organizaciones empresariales, con el objetivo del reconocimiento de su existencia y vigencia, así como de su confirmación en caso de duda o litigio.

completada²⁶⁵, lo que realmente no ha tenido lugar desde entonces; ello, unido al poco tiempo en que hubo de ultimarse, explica la existencia de importantes lagunas en sectores del tráfico donde, comprobadamente, existen usos (p.ej. en materia de usos bancarios, como tendremos ocasión de advertir)²⁶⁶.

La eficacia de esta recopilación de usos goza de una mera presunción *iuris tantum*, no *iuris et de iure*, ya que, en otro caso, se le atribuiría un carácter que es propio de una norma positiva, algo que no es²⁶⁷. Por tanto, si se alega la existencia de un uso reconocido por la recopilación, cabe la posibilidad de su impugnación, probando que el uso ha caído en desuso o no existe, o bien porque

²⁶⁵ Vid. CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA, *Recopilación...*, cit., p. 63.

²⁶⁶ Se compone de una *Parte Preliminar* (titulada “*Teoría de los Usos*”, relativa a la función de los usos en el ordenamiento del tráfico mercantil y a la recopilación de los usos), la cual está precedida de una *Introducción* y un *Prólogo*; y, a continuación, se divide en ocho grandes Partes, que comprenden un total de 17 capítulos (todas las partes constan de un capítulo, salvo la segunda parte que consta de nueve y la cuarta de dos), y que son las siguientes:

- *Primera Parte*: “*La Empresa Mercantil*” (se refiere sólo a la sociedad colectiva y a la sociedad anónima).
- *Segunda Parte*: “*Los Contratos Mercantiles*” (contempla los contratos de compraventa, suministro, comisión, corretaje, agencia, transporte, seguro, ejecución de obra por empresa y otros contratos, y, por último, contratos agrarios, pecuarios y sobre pesca).
- *Tercera Parte*: “*Efectos de Comercio*” (letra de cambio y cheque, pero no el pagaré).
- *Cuarta Parte*: “*Derecho de la Navegación*” (comprende el Derecho marítimo y el Derecho aéreo).
- *Quinta Parte*: “*Comercio Exterior*” (hace alusión a este tipo de comercio en determinados productos, así como a los usos y reglas uniformes relativas a créditos documentarios, y a los certificados de origen).
- *Sexta Parte*: “*Arbitraje*” (incide particularmente en el Arbitraje Comercial Internacional).
- *Séptima Parte*: “*Cláusulas Contractuales Abreviadas*” (alude a términos usuales en el tráfico terrestre y marítimo).
- *Octava Parte*: “*Pesos y Medidas*” (se refiere a unidades usuales en el tráfico nacional e internacional).

La obra termina con unos índices, bien cuidados, de carácter alfabético y general, éste por materias.

Al añadir los capítulos de Derecho de la Navegación, de Comercio Exterior y de Arbitraje se acumularon, a los elementos meramente nacionales, otros extranjeros; de ahí la denominación de la obra “(...) *seguidas en España*”, y no sólo “(...) *de España*”.

²⁶⁷ En este punto, no nos consta ningún pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo; pudiendo adoptarse dos soluciones contrapuestas, reconocidas en el Derecho italiano:

- 1) Inicialmente, se admitió el carácter de *prueba absoluta* de las recopilaciones de usos de las Cámaras, como entes públicos de Derecho público encargados de las mismas (en esta línea se situó la sentencia de la Casación de Turín de 2 de marzo de 1918).
- 2) Posteriormente, esta corriente jurisprudencial fue objeto de fuertes críticas por amplios sectores doctrinales italianos, que admitían la competencia de las Cámaras para declarar la existencia de los usos, pero negaban rotundamente la facultad de *sancionarlos* como normas vigentes; diciéndose que las recopilaciones de usos son simples declaraciones de su existencia, pero carentes de autenticidad absoluta, dado que no son cuerpos legales.

su contenido es diferente al enunciado, en este caso porque haya sufrido modificaciones o bien porque no haya sido calificado con exactitud durante su recopilación; si, por el contrario, el uso alegado conforme a la recopilación no es impugnado, se tendrá por establecido tal como resultaba de la colección.

Por último, se pueden señalar otros ejemplos de recopilación de usos normativos. Así, la tarea de recopilar los usos bancarios en España fue encomendada al Consejo Superior Bancario, como expondremos posteriormente con más detalle en el ap. III:-B.-b)a'), aunque nunca se llegó a realizar. En el ámbito internacional, podemos encontrar la actuación de la Cámara de Comercio Internacional, que ha elaborado las *Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios*, y que también tendremos ocasión de examinar en el ap. III.-B.-b)b').

b') El informe o dictamen de organismos especializados.

Este medio de prueba, reconocido por el art. 340.2 LEC²⁶⁸, de la existencia y el contenido de los usos es el utilizado por organismos mercantiles, como las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, y Colegios (p.ej. los Colegios de agentes mediadores) o Asociaciones Profesionales (p.ej. el extinguido Consejo Superior Bancario, hoy integrado en la Asociación Española de Banca)²⁶⁹. Siendo deseable que establecieran un procedimiento general para la emisión de estas certificaciones de usos, con las suficientes garantías en cuanto a su

²⁶⁸ El art. 340.2 LEC dice: “Podrá asimismo solicitarse dictamen de Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello”.

Asimismo, el ap. 3 de este precepto establece: “En los casos del apartado anterior, la institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad qué persona o personas se encargarán directamente de prepararlo, a las que se exigirá el juramento o promesa previsto en el apartado segundo del artículo 335”.

²⁶⁹ Se puede citar la STS de 8-7-1977 (RJ 1977\3499), en donde se contempla particularmente un informe del Consejo Superior Bancario, cuando afirma que “hay constancia en los autos de dos informes, respectivamente del Banco de España y del Consejo Superior Bancario donde terminantemente se dice que no existe uso mercantil conocido que requiera la referida obligación de vigilancia de la aplicación efectiva de los préstamos otorgados” (Cdo. 2º.).

legitimidad y vigencia, más aún al tratarse de uno de los medio probatorios más habituales.

En este sentido, las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y, en su caso, de Navegación, tienen atribuida la función, de carácter público-administrativo, de emisión de certificaciones acerca de la existencia de las costumbres y usos normativos mercantiles, así como de las prácticas y usos de los negocios (art. 2.1, ap. b), de la LBCO)²⁷⁰.

En cuanto al valor probatorio de las certificaciones de las Cámaras de Comercio es evidente, y así se ha reconocido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo²⁷¹. Su valor probatorio no es equiparable a los certificados emitidos por los propios empresarios, pues, aunque éstos no estén desprovistos de fuerza probatoria, sin embargo carecen de las garantías objetivas y de ciencia conexas a los emitidos por las propias Cámaras.

c') Otros medios de prueba.

De otra parte, es posible acudir a otros medios de prueba admitidos en Derecho, como p.ej. el testimonio judicial, la prueba documental o la pericia de expertos (p.ej. comerciantes acreditados, directores de Banco, capitanes de buque, gerentes de sociedades, etc.), que permitan deducir la existencia del uso en cuestión en un ramo del comercio.

²⁷⁰ El carácter público-administrativo de esta función dimana de la naturaleza de estas Cámaras como Corporaciones de Derecho público con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que se configuran como órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas, sin menoscabo de los intereses privados que persiguen (art. 1.1 LBCO).

²⁷¹ Entre otras, la STS de 14-11-1951 [(RJ 1951\2714), que afirma que “*la certificación dada por la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Málaga, a la que se alude por el recurrente, se admitió como un principio de prueba para determinar el Juzgado que se estimaba competente, y no fue la única prueba que se tuvo presente para tal resolución, viniendo esta prueba a corroborar, como expresamente se dice en la sentencia, lo que ya se deducía del conocimiento de embarque de la mercancía objeto del pleito*” (Cdo. 2°).

Asimismo, se puede citar la STS de 14-7-1998 (Recurso de Casación núm. 1347/1994) (RJ 1998\6254), en donde se recoge que la sentencia recurrida en casación reconoce acreditado, “*por el certificado de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona*”, el uso de comercio del “mercado de futuros”, figura contractual consistente en la diferencia entre el precio inicialmente acordado y el precio de mercado del producto en la fecha de vencimiento (F.D.1°).

Igualmente, se pueden invocar antecedentes jurisprudenciales que hayan admitido la existencia y alcance del uso de que se trate; su valor es puramente presuntivo, pues, en todo caso, ante el desarrollo y evolución del tráfico, siempre será preciso verificar que el uso invocado subsiste posteriormente a la sentencia en donde se contempla²⁷². Por último, también se puede acudir, a la doctrina científica, como un valioso medio probatorio al que se ha apelado desde antiguo, para acreditar la existencia y el contenido de un uso.

Centrándonos en los medios de prueba estrictamente procesales mencionados, podemos señalar:

1º. Respecto al **testimonio** o confesión judicial puede ser realizado por los propios comerciantes y quienes realizan oficios auxiliares y median en el tráfico o son sus expertos conocedores. Ahora es sustituido por un interrogatorio de las partes (arts. 301 a 316 LEC) o de testigos (arts. 360 a 381 LEC), alejándose así de sus orígenes históricos, de los que era tributario, en donde se mezclaba con el juramento. La declaración que aporten ha de versar sobre las preguntas formuladas en un interrogatorio libre, lo que garantiza la espontaneidad de las respuestas, la flexibilidad en la realización de preguntas y, en definitiva, la integridad de una declaración no preparada; sin embargo, hay que advertir que su eficacia probatoria no es plena, pues se ha de conjugar con el resto de medios de prueba practicados, como viene señalando últimamente la jurisprudencia y la doctrina al respecto. En el interrogatorio de testigos también se regula el interrogatorio sobre hechos consignados en informes previamente aportados por las partes y se prevé la declaración de personas jurídicas, públicas y privadas, de modo que junto a especialidades que la experiencia aconseja, quede garantizada la contradicción y la inmediación en la práctica de la prueba.

²⁷² ALCALÁ-ZAMORA resalta el gran valor de la jurisprudencia, en tanto en cuanto el reconocimiento de una costumbre en los precedentes judiciales implica que el Juez ya no puede ampararse en su desconocimiento para no aplicarla, bastando con la mera alegación de la sentencia en donde se contempla por la parte interesada, en la misma forma que cuando se cree amparada por un precepto legal; de forma que, una vez acreditada su existencia, quedará proclamada para todas las sucesivas, mientras no se pruebe lo contrario, y es por eso, continúa, que, en caso de desuso, la prueba de la fuerza derogatoria de tal desuso sólo corresponde a la parte contraria (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «La prueba...», cit., p. 147).

2°. En cuanto a la **prueba pericial** (art. 335 y ss. LEC)²⁷³, se puede aportar al proceso a instancia de parte, o bien solicitar que se emita dictamen por perito designado por el tribunal (art. 335.1 LEC). Los peritos se pueden definir como aquellos sujetos que poseen unos conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos que resultan necesarios para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos; en virtud del art. 340.1 LEC deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste; si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias.

3°. De la **prueba documental**, la LEC se ocupa, a los solos efectos de la formación del juicio jurisdiccional sobre los hechos, aunque, obviamente, esta eficacia haya de ejercer una notable influencia indirecta en el tráfico jurídico. La Ley distingue entre documentos públicos (arts. 317 a 323) y documentos privados (arts. 324 a 327); regulándolos también conjuntamente en los arts. 328 y ss. en materia de exhibición, cuyas disposiciones resultan comunes. Los documentos públicos²⁷⁴ son aquéllos que poseen una fuerza fundamentadora de la certeza procesal en el momento del juicio fáctico; fuerza de la que carecen los documentos privados²⁷⁵ y, por ello, éstos están sujetos a la valoración libre o

²⁷³ La actual regulación procesal ha permitido superar ya el dilema sobre su naturaleza (medio de prueba o complemento o auxilio del juzgador) reflejado en la anterior normativa, pues, como señala el ap. XI de su Exposición de Motivos “*responde ahora plenamente a los principios generales que deben regir la actividad probatoria, adquiriendo sentido su libre valoración*”.

²⁷⁴ El art. 317 LEC considera documentos públicos, a efectos de prueba en el proceso, los siguientes:

1°. Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Secretarios Judiciales.

2°. Los autorizados por notario con arreglo a derecho.

3°. Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a Derecho.

4°. Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales.

5°. Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.

6°. Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades.

²⁷⁵ El art. 324 LEC considera documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del art. 317, citados.

conforme a las reglas de la sana crítica, excepto si su autenticidad es reconocida por los propios sujetos a los que pueden perjudicar.

c) La prueba del uso y el recurso de casación.

Llegados a este punto, se plantea la cuestión de si es reparable en casación la errónea interpretación o la infracción de un uso. A este respecto, no se puede dar una solución general, sino que ello dependerá del valor sustantivo que se atribuya al uso cuya aplicación se pretende, esto es según se trate de un uso interpretativo o normativo²⁷⁶.

En el anterior régimen procesal, existente en la LEC de 1881²⁷⁷, antes de su derogación por la actual LEC de 2000, las soluciones aportadas eran las siguientes²⁷⁸:

1º. En el caso de error en la interpretación de un *uso interpretativo*:

Ello no era admisible como presupuesto para plantear un recurso de casación, pues nuestra jurisprudencia tiene establecido reiteradamente que es de la soberanía del Tribunal de instancia la interpretación del sentido y alcance de las cláusulas contractuales.

Este postulado se excepcionaba en dos supuestos, que podría fundamentar un recurso de casación:

²⁷⁶ Este es el criterio más aceptado actualmente, e, incluso, entre la propia doctrina francesa (HOUIN, ESCARRA), que abandona la postura mantenida anteriormente por un viejo sector de la doctrina francesa, desde MERLIN a THALLER, que seguía la propia jurisprudencia, según la cual la cuestión planteada se ha de responder negativamente, pues se entendía que, en cualquier caso, el uso tiene un puro valor convencional, pero no fuerza de ley (*vid.* THALLER, *Traité élémentaire de Droit commercial*, París, 1931, núm. 51, para quien: “Interpretar un uso es interpretar no una ley, sino la intención de las partes. Y una interpretación inexacta de las intenciones no podría constituir un motivo de recurso. Los Jueces han fallado materias de hecho y no de Derecho”).

²⁷⁷ Promulgada por R.D. de 3 de febrero de 1881 (Gaceta núms. 36 a 53, del 5 al 22; c.e. en Gaceta núm. 64, de 5 de marzo).

²⁷⁸ En la versión vigente entonces, tras la modificación efectuada por el art. 1.120 de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal (BOE núm. 108, de 5 de mayo); en adelante, Ley 10/1992.

- 1) Que se probase un error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obrasen en autos, según el art. 1692.4º. LEC de 1881, en la reforma operada por el art. 25 de la Ley 34/1984, de 6 agosto²⁷⁹ (vigente desde el 1-9-1984 hasta el 5-5-1992)²⁸⁰; o bien,
- 2) Que dicha interpretación supusiera una infracción de las normas del ordenamiento jurídico²⁸¹ o de la jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate (art. 1692.4º. LEC)²⁸².

2º. En el caso de un recurso procesal fundado en la infracción de un *uso normativo* que el Tribunal Supremo declarase probado, se podían plantear tres supuestos:

- 1) Que el Tribunal de instancia hubiese denegado la prueba de un uso (normativo) ofrecida por la parte interesada: aquí, la Sentencia recaída sería impugnabile en casación por vicio de quebrantamiento de forma (art. 1692.3º. LEC de 1881)²⁸³.
- 2) Que el Tribunal *a quo*, valorando las pruebas aportadas, hubiera negado la existencia del mismo: en este caso no era recurrible en casación la Sentencia en cuestión, pues la existencia del uso siempre es un *hecho* y corresponde al Tribunal de instancia fijar la admisibilidad y el valor de las pruebas, dirigidas a la apreciación, positiva o negativa, de los supuestos fácticos discutidos; sólo sería admisible si el Tribunal hubiese emitido su pronunciamiento en base a un error en la apreciación de la prueba, que resultara evidente a través de documentos que obrasen en autos (art. 1692.4º. LEC de 1881, tras la reforma de la Ley 34/1984, en los términos vistos, vigente hasta el 5-5-1992)²⁸⁴.

²⁷⁹ BOE núm. 188, del 7; c.e. en BOE núm. 8, de 9 de enero de 1985.

²⁸⁰ Este párrafo fue suprimido por el art. 1.120 de la Ley 10/1992.

²⁸¹ P.ej. la infracción de los principios de interpretación de los contratos, establecidos, con carácter general, en el Código Civil en los arts. 1281 y ss., y en especial el art. 1287 CC; y, respecto a los contratos mercantiles, en el art. 50 CCo.

²⁸² Con anterioridad a la reforma operada por el art. 1.120 de la Ley 10/1992, el texto íntegro de este párrafo aparecía como art. 1692.5º. LEC de 1881.

²⁸³ El texto de este párrafo se mantiene en la reforma de la Ley 10/1992, con idéntico contenido y numeración que en la reforma de la Ley 34/1984.

²⁸⁴ Este motivo, como hemos visto, desaparece en la LEC de 1881, en la reforma de la Ley 10/1992.

3) Por último, que el Tribunal de instancia hubiese infringido el uso en su sentencia: evidentemente, dicha Sentencia era recurrible en casación²⁸⁵, en virtud del art. 1692.4º. LEC de 1881 (infracción de las normas del ordenamiento jurídico), pues el uso normativo es fuente del Derecho (art. 2 CCo.).

El nuevo sistema procesal se configura en la distinción entre el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación:

1) Respecto al primero, el recurso se planteará ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, que conocerán, como Salas de lo Civil, de estos recursos contra sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia (art. 468 LEC); pero se requiere que se haya denunciado en la instancia y que cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia (art. 469 LEC). En consecuencia, cabe plantear este recurso en los supuestos de denegación de la prueba de un uso normativo; o por un error en la apreciación de la prueba, sea el uso normativo o interpretativo.

2) En cuanto al recurso de casación ante el Tribunal Supremo, ahora se reconoce como único motivo de fundamento la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC), esto es, el recurso se planteará por la infracción de normas sustantivas, causada por las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, cuando la resolución del recurso presente interés casacional²⁸⁶. Por tanto, se puede utilizar este recurso por la infracción de un uso normativo; y, tratándose de un uso interpretativo, por la infracción de normas sustantivas o bien de la jurisprudencia, así entendida ésta en el anterior sistema.

²⁸⁵ Antes de la modificación realizada por el art. 1.120 de la Ley 10/1992, el texto íntegro de este párrafo aparecía numerado como art. 1692.5º. LEC de 1881.

²⁸⁶ “*Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido*” (art. 477.3 LEC).

III.- LAS COSTUMBRES Y LOS USOS BANCARIOS.

A.- DETERMINACIONES PREVIAS.

a) Ámbito y sistemática del Derecho Bancario.

Antes de abordar el estudio de los usos bancarios (entendidos, con AURIOLES MARTÍN, como “los usos profesionales del sector bancario”²⁸⁷), es preciso determinar el ámbito de aplicación del Derecho Bancario, que está constituido por dos aspectos fundamentales:

- 1) Primeramente, la regulación de las entidades de crédito como sujetos de la actividad bancaria. Aquí, la atención se centra en el concepto jurídico de Banco²⁸⁸ y en el ejercicio de la profesión de banquero.
- 2) En segundo lugar, el examen de las operaciones bancarias, como actividades propias y específicas de las entidades de crédito, que configuran dichas entidades como un tipo especial de empresa. A través de estas operaciones bancarias, la entidad de crédito puede mantener relaciones patrimoniales con sus clientes mediante la conclusión de contratos privados.

Ambos aspectos esenciales del Derecho Bancario permiten distinguir, en su seno, dos conjuntos normativos:

- 1) Por un lado, la “*legislación bancaria*”²⁸⁹, compuesta por normas de Derecho público-administrativo, relativas a la creación²⁹⁰, organización, transparencia,

²⁸⁷ AURIOLES MARTÍN, A., «Aspectos generales de la contratación bancaria», en *Derecho Mercantil* (coord. por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.), vol. II, 6ª. ed., Barcelona, 2000, p. 454.

Esto es, partimos de la consideración del Derecho bancario como un típico *Derecho sectorial*, que, junto, con el de valores y el de seguros, integran el Derecho del Mercado Financiero.

²⁸⁸ Vid. el ap. III.-C.-c)b')b")b"').

²⁸⁹ Estaría constituida básicamente por las siguientes normas:

actuación y crisis (con la intervención del Fondo de Garantía de Depósitos) de las entidades de crédito; pero que, en última instancia, significan una garantía para la misma clientela bancaria, en cuanto están orientadas al buen funcionamiento de dichas entidades.

En este ámbito normativo, hay que tener presente que el art. 149.1 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las “*bases de la ordenación del crédito, banca y seguros*” (núm. 11º.), así como “*las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*” (núm. 13º.)²⁹¹.

-
- Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946 (BOE núm. 1, de 1 de enero de 1947); en adelante, LOB.
 - Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (BOE núm. 182, del 30; c.e. en BOE núm. 185, de 4 de agosto de 1989); LDIEC, en lo sucesivo.
 - Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española, en materia de entidades de crédito, a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria [BOE núm. 90, del 15; modificada por Ley 30/1995, de 8 de noviembre (BOE núm. 268, del 9)]; se entenderá como Ley 3/1994.
 - Ley 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras (BOE núm. 132, del 2).
 - Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE núm. 311, del 29).
 - Y Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España (BOE núm. 131, del 2); en adelante, LABE.

Para VICENT CHULIÁ, la «legislación bancaria» “se trata de una *legislación de acarreo histórico, necesitada de depuración sistemática en un texto unificado* (como, por ejemplo, los que caracterizan la legislación italiana reciente)” (VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, cit., p. 874).

La propia LDIEC, ya en 1988, año de su aprobación, manifiesta en su Exposición de Motivos la necesidad de una Ley general sobre ordenación de la actividad de las entidades de crédito. Pero, añade, que “*por su complejidad, no puede abordarse con premura*”; considerándose conveniente “*aprovechar la aprobación de esta Ley para resolver ciertos problemas sustantivos importantes del régimen legal de las diversas categorías de entidades financieras*”.

²⁹⁰ Vid. el R.D. 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito (BOE núm. 181, del 31). Habiendo sido modificado por la D.A.1ª., ap. 1, del R.D. 692/1996, de 26 de abril, sobre el Régimen Jurídico de los Establecimientos Financieros de Crédito (BOE núm. 126, de 24 de mayo).

²⁹¹ Sobre el concepto genérico de “bases” (o de “normas básicas”), vid. la STC (Pleno), de 28-7-1981 (BOE núm. 193, de 13 de agosto; Recurso de Inconstitucionalidad núm. 40/1981) (RTC 1981\32), F.J.6; y la STC (Pleno), de 28-1-1982 [BOE núm. 49, de 26 de febrero; Conflictos positivos de competencia núms. 63/1981 y 191/1981 (acum.)] (RTC 1982\1), F.J.1.

En cuanto al contenido de la competencia estatal para la fijación de las bases de la ordenación del crédito, el Tribunal Constitucional ha declarado en la STC (Pleno), de 16-12-1999 [BOE núm. 17 (suplemento), de 20 de noviembre de 2000; c.e. en BOE núm. 266 (suplemento), de 6 de noviembre de 2001; Recurso de Inconstitucionalidad núm. 2514/1994] (RTC 1999\235), F.J.3.: “*Este Tribunal afirmó tempranamente que dichas bases «deben contener tanto las normas reguladoras de la estructura, organización interna y funciones de los*

Ello no es óbice para que en esta materia de “ordenación del crédito, banca y seguros”, como en cualquier otra que esté prevista estatutariamente, las Comunidades Autónomas tengan reconocidas²⁹², dentro de su territorio, el desarrollo legislativo²⁹³ y la ejecución²⁹⁴ de la legislación (bancaria) básica del

diferentes intermediarios financieros, como aquellas otras que regulan aspectos fundamentales de la actividad de tales intermediarios» [STC 1/1982 (RTC 1982\1), F.J.3º.]”.

²⁹² Al desarrollo legislativo y la ejecución de la “ordenación del crédito, banca y seguros”, se refieren, p.ej., el art. 11.2.a) del Estatuto de Autonomía del País Vasco [aprobado por L.O. 3/1979, de 18 de diciembre (BOE núm. 306, del 22; y B.O. del País Vasco núm. 32, de 12 de enero de 1980)], y el art. 10.1.4 del Estatuto de Autonomía de Cataluña [aprobado por L.O. 4/1979, de 18 de diciembre (BOE núm. 306, del 22; y D.O. de la Generalitat de Cataluña núm. 38, del 31]. *Vid.* el núm. Marginal 300.

Respecto a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 CE, véase la L.O. 9/1992, de 23 de diciembre, de Transferencia de Competencias (BOE núm. 308, del 24).

²⁹³ El Tribunal Constitucional ha ido perfilando en múltiples resoluciones el posible alcance de lo **básico** en la materia de ordenación del crédito y la banca. En la STC (Pleno), de 27-2-1997 [BOE núm. 78 (suplemento), de 1 de abril; Conflictos positivos de competencia núms. 456/1988 y 462/1988 (acum.)] (RTC 1997\37), F.J.4., el Alto Tribunal ha manifestado que “*en la mayor parte de los casos el objeto controvertido eran actividades públicas de control, vigilancia, inspección y sanción relacionadas con la estructura, organización, funcionamiento interno y funciones y actividades financieras de las entidades de crédito*”; dichos conflictos positivos de competencia fueron promovidos, respectivamente, por el Gobierno Vasco, y por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña.

En estos supuestos, los criterios comúnmente empleados por la doctrina constitucional para atribuir carácter básico a una determinada actividad han sido los de **garantía de la solvencia y transparencia** de las referidas entidades y el de la **estabilidad** del sistema financiero. Así, p.ej.:

- STC (Pleno), de 13-11-1992 [BOE núm. 303, de 18 de diciembre; Conflictos positivos de competencia núms. 1155/1985 y 987/1986 (acum.)] (RTC 1992\178), F.J.2 y 3; y
- STC (Pleno), de 17-6-1993 (BOE núm. 171, de 19 de julio; Conflicto positivo de competencia núm. 813/1986) (RTC 1993\204), F.J.5.

No obstante, éstos no son los únicos criterios utilizados. En otras ocasiones, para delimitar lo básico se ha recurrido a criterios más genéricos, como el de actividades que requieren forzosamente tratamiento unitario y supraautonómico, y son fundamentales para asegurar el eficaz funcionamiento del sistema monetario y crediticio nacional. Entre otras, podemos citar las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional:

- STC (Pleno), de 6-5-1993 (BOE núm. 127, del 28; Recurso de Inconstitucionalidad núm. 1593/1989) (RTC 1993\155), F.J.6);
- STC (Pleno), de 23-12-1993 (BOE núm. 23, de 27 de enero de 1994; Recurso de Inconstitucionalidad núm. 1632/1988) (RTC 1993\386), F.J.3; y
- STC (Pleno), de 30-5-1996 [BOE núm. 150 (suplemento), del 30; Conflicto positivo de competencia núm. 200/1989 y Recursos de Inconstitucionalidad núms. 1710/1988 y 1726/1988 (acum.)] (RTC 1996\96), F.J.8.

²⁹⁴ La STC de 27-2-1997, cit., en su F.J.4 afirma que “*en este ámbito material el Tribunal ha aceptado el carácter básico, no solamente de actividades normativas, sino también, aunque de forma excepcional, de actos de mera ejecución cuando su carácter unitario y su extensión supracomunitaria eran indispensables para alcanzar los objetivos básicos de garantía de transparencia, solvencia, estabilidad y eficaz funcionamiento del sistema crediticio*”.

En la sentencia referida se alude a la jurisprudencia constitucional precedente:

- STC (Pleno), de 28-6-1983 (BOE núm. 168, de 15 de julio; Conflicto positivo de competencia núm. 237/1982) (RTC 1983\57), F.J.7;

Estado. No obstante, en el supuesto de concurrencia competencial con la estatal de determinadas materias (p.ej. Cajas de Ahorros y Cajas Rurales) que los Estatutos de autonomía atribuyen como de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, las mencionadas bases constituyen un límite al ejercicio de estas competencias autonómicas²⁹⁵.

2) De otro, el denominado “*Derecho contractual bancario*”, que está regido básicamente por la normativa general de los contratos (regulada en el Código Civil y en el Código de Comercio); siendo completada con una legislación especial, poco sistemática, de carácter administrativo, pero transcendencia contractual, sobre información, documentación y protección de la clientela bancaria²⁹⁶.

- STC (Pleno), de 9-10-1984 (BOE núm. 261, del 31; Conflicto positivo de competencia núm. 506/1983) (RTC 1984\91), F.J.4;

- STC (Pleno), de 24-11-1988 (BOE núm. 306, de 22 de diciembre; Recurso de Inconstitucionalidad núm. 399/1984) (RTC 1988\220), F.J.3; y

- STC (Pleno), de 13-11-1992 (RTC 1992\178), cit. anteriormente, F.J.2.

²⁹⁵ Tal es el caso del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por L.O. 6/1981, de 30 de diciembre (BOE núm. 9, de 11 de enero de 1982, y B.O. de la Junta de Andalucía, BOJA, núm. 2, de 1 de febrero de 1982). En su art. 18.1.3ª. se atribuye *expresamente* a la Comunidad Autónoma Andaluza la competencia exclusiva en materia de Cajas de Ahorros y de Cajas Rurales.

En virtud de dicho precepto, se dicta, con relación a las Cajas de Ahorros, la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de la Junta de Andalucía, reguladora de las Cajas de Ahorros de Andalucía (BOJA núm. 150, del 28; BOE núm. 15, de 18 de enero de 2000). En la Exposición de Motivos de la Ley se señala que “*las competencias reconocidas en el art. 18.1.3ª del Estatuto de Autonomía, aunque se califican de exclusivas, concurren con la estatal en la materia, pues, entre otros límites, se confieren «en los términos de lo dispuesto en los artículos 149.1.11ª y 149.1.13ª de la Constitución»*, por lo que habrán de ejercerse dentro de las bases de la ordenación del crédito y de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”.

²⁹⁶ Como principales normas, destacan por su importancia:

- O.M. de 12 de diciembre de 1989, relativa a tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito (BOE núm. 303, del 19); en lo sucesivo, O.M. de 1989.

- Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE núm. 226, del 20); en adelante, CBE 8/1990, circular que desarrolla a la O.M. de 1989.

- Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (BOE núm. 80, de 4 de abril); se entenderá, como Ley 2/1994.

- O.M. de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE núm. 112, del 11); en lo sucesivo, O.M. de 5 de mayo de 1994.

- Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, cit. en el núm. Marginal 39.

- O.M. de 27 de octubre de 1995, por la que se modifica la de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE núm. 261, de 1 de noviembre).

En este punto hay que partir de que el art. 149.1 CE atribuye la competencia exclusiva del Estado sobre la *legislación mercantil* (núm. 6º.)²⁹⁷ y la *legislación civil* [y “*en todo caso, (...) las bases de las obligaciones contractuales*” (núm. 8º.)]. El Tribunal Constitucional, desde la STC de 16-11-1981²⁹⁸, ha delimitado el alcance de la *legislación contractual*, civil y mercantil, en relación con otras materias competenciales (p.ej. el comercio interior, la defensa de los consumidores y usuarios, los Centros de Contratación de Mercancías, la ordenación de seguros y las cooperativas).

En la STC de 27-2-1997²⁹⁹, señala: “*El punto de partida argumental de todas las resoluciones ha sido siempre el de la distinción cuidadosa entre, de un lado, lo que es regulación de las relaciones **inter privados** y, de otro lado, la regulación de la intervención de los **poderes públicos** en estas relaciones contractuales (...). El primer tipo de regulaciones se ha encuadrado en la materia de legislación civil o mercantil (...), en tanto que las actividades públicas del segundo grupo se han incluido en las materias de comercio,*

- Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE núm. 281, del 23; c. e. en BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2003); se abreviará como LMRSF.

- R.D. 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros (BOE núm. 54, de 3 de marzo); en adelante, R.D. 303/2004.

- Y O.M. 734/2004, de 11 de marzo, relativa a los Departamentos y Servicios de Atención al Cliente y el Defensor del Cliente de las Entidades Financieras (BOE núm. 72, del 24); entiéndase, como O.M. 734/2004.

²⁹⁷ URÍA afirma, al respecto, que “las leyes mercantiles, por exigencias de la unidad de mercado, son de ámbito y carácter estatal” (URÍA, R., *Derecho Mercantil*, cit., p. 18).

En relación a la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil, el Tribunal Constitucional ha manifestado que “*sólo a través de sus órganos centrales puede el Estado determinar cuál es el ámbito propio de la actividad libre del empresario mercantil y sólo la legislación emanada de esos órganos centrales puede regular la forma en que nacen y se extinguen los derechos y obligaciones a que el ejercicio de esa actividad puede dar lugar y el contenido necesario de aquéllos y éstas*” [STC (Pleno), de 16-11-1981 (BOE núm. 285, del 28; Recurso de Inconstitucionalidad núm. 184/1981) (RTC 1981\37), F.J.3].

También, el art. 149.1 CE declara la competencia exclusiva del Estado en otras materias, que se consideran pertenecientes al ámbito mercantil, y que son reguladas por el propio Código de Comercio y demás leyes complementarias; así, junto a la mencionada de la ordenación del crédito, banca y seguros, se refiere a la legislación sobre propiedad industrial (núm. 9º.) y el transporte (núms. 20º. y 21º.). Por ello, SÁNCHEZ CALERO señala que existe una cierta confusión a la hora de interpretar este art. 149.1 CE, confusión que es fruto tanto de los defectos de redacción de la Constitución como de la falta de claridad en la delimitación de las materias objeto de las disciplinas jurídicas; y destaca la gran importancia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto (SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, cit., pp. 36 y 37).

²⁹⁸ STC (Pleno), de 16-11-1981, cit.

²⁹⁹ STC (Pleno), de 27-2-1997, cit., F.J.2.

defensa de los consumidores, seguros o cooperativas”; y reafirma que “*sólo las reglas de Derecho Privado quedarán comprendidas en la reserva al Estado de la legislación mercantil [SSTC 37/1981 y 14/1986 (RTC 1986\14)]*”³⁰⁰. En esta sentencia, se recuerda también que en dichas reglas se incluyen el establecimiento de las condiciones generales de contratación, las modalidades de contratos (STC 71/1982), la delimitación de su contenido típico (STC 37/1981), de los derechos y obligaciones en el marco de relaciones contractuales privadas (SSTC 88/1986 y 62/1991), la forma en la que nacen y se extinguen los derechos y las obligaciones de los empresarios (SSTC 37/1981, 88/1986) o las condiciones de validez de los contratos privados (STC 62/1991)³⁰¹.

Por último, hay que advertir que entre ambos conjuntos normativos no hay una separación absoluta. En este sentido, el régimen de control y vigilancia de la actividad de las entidades bancarias (es decir, las normas administrativas protectoras del crédito), han supuesto siempre una influencia en las operaciones bancarias. Y, así, podemos observar que en las normas supervisoras de la actuación de las entidades de crédito (*vid.* art. 48.2 LDIEC) se pueden hallar una serie de principios generales, que, tomando como base la información a clientes y la transparencia de dichas entidades, inspiran la regulación de los contratos bancarios, concretándose en normas reglamentarias de desarrollo (fundamentalmente, la O.M. de 1989 y la CBE 8/1990).

³⁰⁰ Por tanto, las Comunidades Autónomas podrán regular la *intervención pública* de las relaciones contractuales cuando así esté previsto **expresamente** en sus respectivos Estatutos de Autonomía. Concretamente, en materia de ordenación del crédito y la banca, “*el Estado tiene atribuida la función de establecer las bases (art. 149.1.11 CE) y las Comunidades Autónomas recurrentes el desarrollo legislativo y la ejecución [arts. 11.2 a) EAPV y 10.1.4 EAC]*” [STC (Pleno), de 27-2-1997, cit., F.J.3.].

³⁰¹ STC (Pleno), de 27-2-1997, cit., F.J.2.

b) El Derecho contractual bancario.

a') *Configuración jurídico-mercantil autónoma.*

Nuestro Código de Comercio se refiere a los Bancos desde el punto de vista de su actividad profesional; y distingue diversos tipos de Bancos, según el tipo de operaciones que estas empresas realizan de forma diferenciada y principal, aunque no única³⁰². La regulación de estas operaciones bancarias por el Código de Comercio determina el carácter mercantil de las mismas. Ello ha permitido que los contratos bancarios, en donde se plasman tales operaciones bancarias, se hayan admitido tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia como una modalidad de los contratos mercantiles³⁰³, a la que es aplicable el sistema y la jerarquía de fuentes establecido en los arts. 2 y 50 CCo., cuyo análisis en los apartados anteriores damos aquí por reproducidos.

El carácter mercantil del Derecho contractual bancario no impide que pueda conceptuarse como una categoría autónoma, al responder a perfiles propios y específicos de una determinada actividad comercial, como es la “*intermediación crediticia indirecta*”³⁰⁴. El fenómeno actual de “descodificación mercantil” en leyes especiales no es ajeno en el ámbito del Derecho Bancario, motivado por razones de conveniencia en la mejora de su sistematización jurídica y en virtud de la diversidad, complejidad y extensión de las relaciones bancarias, diferenciadas del resto de las relaciones jurídico-mercantiles (p.ej. la naturaleza

³⁰² El Código de Comercio, tras enunciar las operaciones bancarias en general de las compañías de crédito (art. 175 CCo.), distingue entre los bancos de emisión y descuento (art. 177 CCo.), los bancos de crédito territorial (art. 199 CCo.), y los bancos agrícolas (art. 212 CCo.).

³⁰³ En la STS de 29-5-1978 (RJ 1978\1952), nuestro Alto Tribunal reconoce que “*esta Sala ha recordado que ni nuestro Código Civil ni el de Comercio contienen una regulación sistemática de los denominados contratos bancarios, si bien la notoria pobreza de los esquemas legales sobre el particular es suplida en el tráfico con la debida utilización del principio de libertad de pacto proclamada en el art. 1255 de aquel Cuerpo legal, pues dentro de sus amplios límites encuentra cobertura la compleja y variadísima negociación bancaria, reconducible en la generalidad de los casos a los tipos contractuales contemplados en el ordenamiento positivo – S. de 19 octubre 1976 (R. 4590)–, ya que en puridad las notas específicas de aquellos contratos dimanar, más que de su genuinidad, de la circunstancia de figurar en la relación una gran empresa, en forma de sociedad anónima*” (Cdo. 2°).

³⁰⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho mercantil*, 5ª. ed., Madrid, 2000, p. 470.

jurídica de la cuenta corriente bancaria es claramente distinta a la de la cuenta corriente mercantil, en la que tiene su origen)³⁰⁵; de forma que es posible reconocerle una cierta autonomía doctrinal y jurídica, como en otros sectores jurídico-mercantiles (p.ej. Derecho bursátil, Derecho de seguros, Derecho de transportes, Derecho cambiario, etc.).

Sin embargo, pese a dicha autonomía, la ausencia de una regulación legal específica de los contratos bancarios (de especial significación en esta modalidad de contratación en masa, con la consiguiente utilización de contratos-tipo) explica el hecho de que el Derecho contractual bancario actual reproduzca los esquemas contractuales generales regulados en el Código Civil y el Código de Comercio³⁰⁶. En ocasiones, ha sido la práctica bancaria, acogiendo en el art. 1255 CC, junto con la labor desarrollada por la doctrina científica y la jurisprudencia, los que han suplido la privación de un modelo contractual; en torno a esta práctica bancaria³⁰⁷; en este punto, hay que resaltar que la atipicidad de los contratos bancarios en nuestro Derecho obliga a que los Tribunales tengan que realizar una labor de aplicación analógica de las normas imperativas

³⁰⁵ FOLCO admite esta autonomía del Derecho Bancario, pero matiza que “no debe entenderse en sentido absoluto, porque no es posible distinguir tajantemente con claridad las relaciones que deben ser reguladas por él y las que deban serlo por otros derechos” (FOLCO, *Il sistema del Diritto della Banca*, vol. I, Milán, 1968, p. 190).

³⁰⁶ En este sentido, la doctrina aboga por la regulación legal de los contratos bancarios; una regulación necesaria en aspectos tan importantes como la definición y el objeto de los distintos modelos contractuales. Siendo deseable que exista un cuerpo unitario sobre el régimen contractual bancario, al estilo del sistema normativo italiano, establecido en el denominado “*Texto Único de la Legislación del Crédito*”, aprobado por Decreto Legislativo de 1 de septiembre de 1993, n. 385, *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* (vid. su edición anotada, con una introducción del pfr. Renzo COSTI, en *BBTC*, Milano, 1994).

Ello se justifica en un elemental principio de seguridad jurídica, que evite controversias bancarias, motivadas por la falta de una norma jurídica de rango legal. Asimismo, se alude a la falta de protección de los clientes bancarios, considerándose que ésta no está suficientemente amparada en Leyes especiales (como, p.ej. la LCC o la LCGC) o normas reglamentarias sobre transparencia bancaria (básicamente, la O.M. de 1989 y la CBE 8/1990). También se pueden referir las contradicciones existentes a nivel jurisprudencial, ocasionadas por la inexistencia de una ley de estas características, si bien nuestro Tribunal Supremo ha desarrollado una gran labor exegética al respecto.

³⁰⁷ La doctrina francesa alude a la utilización de *mecanismos jurídicos*, o técnicas jurídicas de relación, que permiten completar la insuficiencia del esquema contractual tradicional.

Así, RIPERT afirma que “los mecanismos jurídicos no tienen nada de abstractos: son los prácticos y no los juristas quienes los crean”; y añade que el funcionamiento del comercio “da al Derecho un *carácter* mecánico no exento de peligro, pues no permite tener en cuenta ciertas situaciones individuales; por ello es necesario que el Derecho civil, que permanece subyacente, venga a corregir las injusticias que pudieran resultar de este funcionamiento” (RIPERT, *Traité Elementaire de Droit Commercial*, vol. I, París, 1974, pp. 37 y 38).

generales, contenida en el Código Civil y en el Código de Comercio, sobre las distintas modalidades contractuales básicas.

b') La deslegalización administrativa en materia contractual bancaria.

La insuficiencia legal ha motivado la regulación de la materia contractual bancaria por multitud de disposiciones administrativas, de distinto rango y procedencia (fundamentalmente, Reales Decretos, Ordenes del Ministerio de Economía y Hacienda y Circulares del Banco de España)³⁰⁸. Ello ha sido posible en virtud de la técnica jurídica de la deslegalización³⁰⁹, mediante habilitación expresa al Ministro de Economía (cfr. art. 48.2 LDIEC), quien, asimismo, puede ordenar al Banco de España el posterior desarrollo reglamentario específico, mediante circulares. Estas normas reglamentarias regulan la actuación de las entidades de crédito, en materias que son propias de “*legislación bancaria*”, aludidas supra; pero, como veremos en el

³⁰⁸ Observamos, por tanto, el fenómeno de que las materias objeto de regulación reglamentaria que, en principio, sólo pueden ser, necesariamente, de naturaleza administrativa, abarcan también el desarrollo de normas legales de Derecho privado, por determinadas disposiciones reglamentarias (p.ej. Real Decreto-Legislativo, Real Decreto y Orden Ministerial); *vid.* art. 25 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, sobre Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno (BOE núm. 285, del 28)). La consideración de la Ley como mercantil viene determinada justamente por el ámbito material de regulación de sus normas; el carácter dispositivo, tradicionalmente asignado a estas normas, en las que tiene especial incidencia los pactos privados, de forma que sólo rigen en ausencia de éstos, se va difuminando recientemente, conforme va aumentando la imperatividad de las normas mercantiles, como se puede observar en materia societaria (p.ej. las vigentes LSA y LSRL).

Estas disposiciones reglamentarias han proliferado excesivamente en tiempos modernos en el Derecho mercantil, lo que ha provocado, como señala VICENT CHULIÁ, que sea actualmente “un Derecho privado intensamente regulado, paradoja que se produce después de la *desregulación*” (VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, cit., p. 70).

³⁰⁹ La jurisprudencia, en general, en asuntos no específicamente bancarios, en este punto, es contradictoria, existiendo sentencias en las que se reconoce la nulidad del contrato por violación de la norma reglamentaria. *Vid.* la STS (Sala de lo Civil), de 28-2-1991 (RJ 1991\1613), F.D.1º, que trata la nulidad parcial de una compraventa por precio excesivo en relación con el R.D. 2960/1976, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el T.R. de la legislación de viviendas de protección oficial (BOE núm. 311, de 28 de diciembre).

En otras sentencias, el Tribunal Supremo no admite esta posibilidad. *Vid.* la STS (Sala de lo civil), de 17-10-1987 (RJ 1987\7293), F.D.4º y 5º, que analiza la nulidad de un contrato en el que los herederos de una farmacia pactan, entre sí, la propiedad y distribución de beneficios, en relación con el R.D. 909/1978, de 14 de abril, por el que se regula el establecimiento, transmisión o integración de las oficinas de farmacia (BOE núm. 106, de 4 de mayo).

ap. III.-C.-b)c'), despliegan su eficacia en las relaciones contractuales que dichas entidades establecen con sus clientes (p.ej. en temas de información y documentación), por la integración del art. 1255 CC, aunque un sector doctrinal reduce la eficacia de dichas normas al ámbito meramente administrativo³¹⁰.

La doctrina ha venido señalando la necesidad de que las circulares, en general, provenientes de determinados entes públicos (p.ej. del Banco de España o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores), desarrollen un Real Decreto o una Orden Ministerial, para la validez del ejercicio de esta potestad reglamentaria de segundo grado, pues, advierten, en virtud del art. 97 CE la potestad reglamentaria la ejerce el Gobierno³¹¹. En lo que respecta a las circulares del Banco de España esta situación ha cambiado sustancialmente, con el reconocimiento legal expreso, sin habilitaciones intermedias, a la potestad reglamentaria del Banco de España, en el art. 1.5 LDIEC y el art. 3.1 LABE, cerrándose así la polémica doctrinal³¹².

³¹⁰ Hay que tener presente, como señalan CUÑAT EDO / MARIMÓN DURÁ / GONZÁLEZ CASTILLA, que “la materia civil y mercantil es reacia a la normación reglamentaria, puesto que el principio de la autonomía de la voluntad debe ser el límite sustantivo a la eficacia de esas disposiciones reglamentarias” [CUÑAT EDO, V. / MARIMÓN DURÁ, R. / GONZÁLEZ CASTILLA, F., «El análisis de la jurisprudencia en materia bancaria», en *Estudios sobre jurisprudencia bancaria* (dir. por CUÑAT EDO, V. / BALLARÍN HERNÁNDEZ, R.), Elcano (Navarra), 2000, p. 34].

³¹¹ El referido precepto constitucional ha sido desarrollado por la Ley 50/1997 [*vid.*, especialmente, los arts. 1.1, 5.1.h) y 23]. Por su parte, el art. 4.1.b) de esta Ley, establece que los Ministros ejercen la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento.

³¹² La naturaleza y fuerza de obligar de las circulares del Banco de España fue muy discutida a partir de la CBE 13/1981, de 24 de febrero, relativa a Entidades de Depósito, tipos de interés y normas de valoración y liquidación, y que desarrolla a la O.M. de 17 de enero de 1981, sobre liberalización de tipos de interés y dividendos bancarios y financiación a largo plazo (BOE núm. 16, del 19), cuando las circulares han adquirido la vocación de generalidad de una disposición normativa y vinculación permanente en el tiempo (PARADA VÁZQUEZ, J. R., «Valor jurídico de la Circular», en *RDBB*, núm. 2, 1981, pp. 311 y ss.).

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha fallado en numerosas sentencias la constitucionalidad de la potestad reglamentaria del Banco de España. *Vid.* STC (Pleno), de 5-10-1992 [BOE núm. 260, del 29; Recursos de Inconstitucionalidad núms. 800/1985 y 801/1985 (acum.)] (RTC 1992\135), F.J.3; y STC (Pleno), de 11-3-1993 [BOE núm. 90, de 15 de abril; Conflictos positivos de competencia núms. 359/1986, 959/1987, 971/1987 y 263/1988 (acum.)] (RTC 1993\87), F.J.5.

De otro lado, AURIOLES MARTÍN considera que sólo en los supuestos en que el propio documento contractual se remita a las circulares del Banco de España sus disposiciones serían de aplicación directa por expresa voluntad de las partes, y en caso de que se omitiese esa remisión, “únicamente cabría admitir su aplicación supletoria, con los efectos y alcance de verdaderos usos normativos, para regular aquellos extremos sobre los cuales hayan guardado silencio los contratantes” (AURIOLES MARTÍN, A., «Aspectos generales...», cit., p. 453).

B.- LOS USOS BANCARIOS Y LAS BUENAS PRÁCTICAS BANCARIAS.

a) Rasgos distintivos.

a') *Concepto.*

En esta línea, se puede afirmar que los problemas derivados de la falta de una norma legal específica, pueden ser solventados, en gran medida, por la segunda fuente de Derecho objetivo de los contratos bancarios, cual es la costumbre³¹³, que está integrada lógicamente por los usos bancarios como usos del comercio específicos del sector³¹⁴.

A falta de una definición legal, los usos bancarios se pueden definir como aquellos usos mercantiles y bancarios, aceptados como comunes en la plaza o plazas de que se trate. Al respecto, hay que destacar su carácter de fuente del Derecho, que las partes intervinientes en una relación jurídico-mercantil, de tipo bancario, pueden alegar en base al art. 2 CCo., en defecto de Ley mercantil aplicable, siempre que resulte probado, por su consideración de costumbre, conforme al art. 1.3 CC.

La aplicación práctica de los usos bancarios está dificultada por no disponer de una recopilación ordenada de los mismos, pero se puede probar su existencia, bien con su incorporación al clausulado contractual, bien acudiendo al informe pericial como medio de prueba admitido en nuestro Derecho o, también, invocando antecedentes jurisprudenciales, que los contemple. Como ejemplo de uso bancario, reconocido por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España (en lo sucesivo, SRBE), nos encontramos con la obligación de entregar un

³¹³ Entiéndase ésta, como fuente subsidiaria de Derecho mercantil a tenor del art. 2 CCo.

³¹⁴ *Vid.* las SSTs de 24-4-1929, 29-1-1934 (RJ 1934\76) y 16-2-1965 (RJ 1965\614), que aluden al carácter sectorial de los usos bancarios.

ejemplar del documento contractual al cliente, en las operaciones de crédito, por parte de las entidades de crédito³¹⁵.

Diferentes a los usos bancarios, son las buenas prácticas bancarias. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, procedente de la LOB³¹⁶, como plasmación concreta del principio de buena fe negocial, consagrado en el art. 57 CCo. Así, el Banco de España las ha definido, en alguna ocasión, como aquellas que, sin venir impuestas por la normativa disciplinaria ni constituir un uso bancario, son razonablemente exigibles para la llevanza responsable, diligente y respetuosa del negocio bancario³¹⁷.

El Capítulo II de la O.M. de 1989 (el cual regula el SRBE en un único precepto, el núm. 9º.)³¹⁸ introdujo, como novedad en este Servicio, creado dos años antes, la inclusión, en la Memoria anual del SRBE, de un resumen de los

³¹⁵ Vid. mi artículo, PANCORBO LÓPEZ, M. L., «El Servicio de Reclamaciones del Banco de España, como órgano de resolución de controversias bancarias y de protección de la clientela bancaria», en *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado* (segunda época), núm. 237, marzo 2001, pp. 979 y 980.

³¹⁶ El art. 18 LOB establecía que el Banco de España “*considerará también como misión propia, cuando así lo aconseje el interés general, la de ofrecer a las instituciones de crédito que, habiendo acomodado su actuación a las **buenas prácticas bancarias**, se encuentren, en caso de crisis general o por otras circunstancias, con dificultades de tesorería, el concurso posible dentro de su órbita de acción y compatible con la seguridad de sus acciones*”.

Este precepto se encontraba en la Sección Primera (“*Del banco de emisión*”) del Título Primero (“*Del banco de emisión y de los demás bancos oficiales*”). Los artículos de esta sección pueden entenderse derogados tácitamente por la D.F.2ª. del D.-Ley 18/1962, de 7 de junio, de Nacionalización y Reorganización del Banco de España (BOE núm. 141, del 13); este D.-Ley 18/1962 también ha sido derogado tácitamente, salvo los arts. 29 y 30 así como la D.A., por la Ley 30/1980, de 21 de junio, de Regulación de los Órganos Rectores del Banco de España (BOE núm. 154, del 27), la cual, asimismo, ha sido derogada expresamente por la LABE.

³¹⁷ Esta definición se ha transcrito en el art. 6.4 del Reglamento de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros (en lo sucesivo, RCDCSF), aprobado por R.D. 303/2004 (cit. en el núm. Marginal 296), si bien referida al conjunto del sistema financiero (banca, valores y seguros): “*A efectos de lo dispuesto en el apartado 1, tienen la consideración de buenas prácticas aquellas que, sin venir impuestas por la normativa contractual o de supervisión ni constituir un uso financiero, son razonablemente exigibles para la gestión responsable, diligente y respetuosa con la clientela de los negocios financieros*”. La remisión al ap. 1 alude al derecho a formular quejas o reclamaciones y consultas por los usuarios de servicios financieros.

Por tanto, como establece el art. 1.3, párr. 2º., del RCDCSF, pero que nosotros concretamos aquí al sector bancario, el incumplimiento de las buenas prácticas y usos bancarios legitima la formulación de reclamaciones por los usuarios de servicios bancarios, cuando les supongan un perjuicio para sus intereses o derechos, por acciones u omisiones de las entidades de crédito.

³¹⁸ Este precepto, excepto su párr. 1º., ha sido derogado expresamente por la D.D. Única, ap. b), del R.D. 303/2004.

criterios (de buenas prácticas bancarias), aplicados en las resoluciones favorables a las entidades (de crédito) cuando presentasen interés general para el público³¹⁹.

b') Distinción.

Como advierte JOSÉ J. GONZÁLEZ REINA, Presidente del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación en 1964, cuando se emprendió la tarea recopilatoria en el ámbito estrictamente mercantil, no resulta fácil “definir y distinguir Uso o Práctica continuada, plena de matizaciones, de costumbre o hábito impuesto por la simple actuación, sin llegar a la categoría de la Costumbre o del Uso”³²⁰.

En este sentido, es la propia Memoria del SRBE de 1987, primera de las publicadas por este órgano público, la que distingue entre los usos bancarios y las buenas (o malas, *sensu contrario*) prácticas bancarias, en tanto que el mismo legislador ha querido diferenciar a éstas, aunque, inicialmente, la denominación de buenas prácticas bancarias pudiera resultar sinónima de usos bancarios. Así, define al **uso bancario** como la forma habitual y generalizada de cumplirse una concreta relación entidad-cliente en una o más plazas; mientras que la **buena**

³¹⁹ Como señala el SRBE, “de muy poco serviría que tal o cual actuación se declarara contraria a las buenas prácticas si, con excepción de la entidad denunciada, ese hecho fuera desconocido para el resto” (BANCO DE ESPAÑA-SERVICIO JURÍDICO, Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente al Año 1999, p. 10).

El párr. 3º. del núm. 9º. de la O.M. de 1989, relativo a la Memoria anual del SRBE, ha sido derogado por la D.D. Única, ap. b), del R.D. 303/2004. Ahora, el Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios es el encargado de dar cuenta de la gestión realizada en una memoria anual que será publicada y remitida con carácter previo al órgano u organismo de supervisión al que esté adscrito, para su conocimiento (art. 18.1 RCDCSF), esto es al Banco de España, como señala el art. 3 RCDCSF.

³²⁰ CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA, *Recopilación...*, cit., p. 11.

Esta confusión conceptual se puede apreciar ya en el mismo Código de Sáinz de Andino, cuando alude en el art. 234 al “*uso común o práctica observada en el comercio*”, que regiría los actos mercantiles después de “*las disposiciones del derecho común con las modificaciones que establece la ley especial del comercio*”.

práctica bancaria será cualquier actuación de una entidad de depósito³²¹, concreta o generalizada, en tanto se ajuste a los principios que derivan de la recta aplicación de las normas de disciplina y de general aplicación, ponderando adecuadamente la equidad y los principios interpretativos recogidos en el art. 3 CC.

1º. Las notas diferenciadoras de los usos bancarios, respecto de las buenas (o malas) prácticas bancarias, radican, básicamente, en su **generalización** y **reiteración**, así como en la convicción social de su **obligatoriedad**, caracteres de los que están desprovistas, ya sea de forma individual o en su totalidad, las meras prácticas bancarias. Estos caracteres de los usos bancarios, que se configuran como usos del comercio (bancario), se predicen como requisitos de validez jurídica, a los que ya aludimos en el ap. II.-D.-.

Tomando como referencia los anteriores datos, podemos considerar las prácticas bancarias como meros *hechos*, aisladamente considerados (pese a que puedan ser habituales), realizados en un sector específico de la actividad comercial (como es la intermediación bancaria) y carentes de efectos jurídicos entre las partes intervinientes. Para su consideración como buenas prácticas bancarias, estas notas han de ser atemperadas por la equidad y la buena fe negocial.

Por su parte, los usos bancarios, como usos del comercio (bancario), son *prácticas*, pero realizadas de forma generalizada y reiterada en el tráfico mercantil bancario³²²; resultando vinculantes, sin necesidad de pacto expreso, dada la convicción social de su obligatoriedad. De forma que, ante el silencio de los contratantes, frente a una cláusula oscura, insuficiente o defectuosa, sirven como elemento interpretativo, aplicándose con preferencia a las leyes dispositivas.

³²¹ Actualmente, dicha actuación hay que referirla a una entidad de crédito, concepto acogido en la O.M. de 1989, con mayor amplitud que el de entidad de depósito.

³²² En este sentido, se pueden definir los usos bancarios “como *prácticas profesionales* que dominan tácitamente la conclusión de los contratos bancarios” [GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, 2ª. ed. (corregida por MOLL DE MIGUEL, S.), Madrid, 1975, p. 16].

2º. Otro elemento distintivo entre los usos bancarios y las prácticas bancarias radica en el ámbito de su **prueba**, un elemento primordial, como hemos visto en el ap. II.-H.-, para la validez y eficacia de las costumbres, en general, y de los usos de comercio, en particular, de los que son una subespecie los usos bancarios.

En efecto, como afirma ALCALÁ-ZAMORA son “los hechos los que deben ser probados, mientras que el derecho se interpreta, pero no se prueba”³²³, en clara alusión al Derecho consuetudinario. No obstante, esta afirmación hay que matizarla, pues, en materia de costumbres y usos, el principio *iura novit curia sólo* rige cuando sean notorios; en caso contrario, el principio se excepciona, y las partes han de alegar y probar su existencia.

Precisamente, el principal problema que plantean los usos bancarios es el de la prueba de su existencia, si no están integrados en el clausulado del contrato en cuestión³²⁴. No obstante, tal y como se sostiene en la SAP de Segovia de 18-5-2000³²⁵, “*aun así cuando se carezca como en autos de prueba sobre su existencia, aún puede el Juzgado o Tribunal, dar por probado el uso, como hecho notorio (así, STS de 27-4-1945 (RJ 1945\685)]*”.

b) Las recopilaciones escritas de usos, costumbres y prácticas bancarias.

a') *La tarea incumplida del Consejo Superior Bancario y de la Asociación Española de Banca Privada.*

³²³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «La prueba...», cit., p. 146.

³²⁴ P.ej., en la STS de 30-3-1994, en el caso que el Alto Tribunal trata, relativo a la ausencia de pacto sobre la comisión a percibir por el banco en la cesión de un cheque para gestión de cobro, se dice que “*el cobro de una comisión por la gestión de cobro se ha probado que es un uso bancario, dependiendo su cuantía de las circunstancias de cada caso, siendo las aprobadas por el Banco de España de carácter máximo, no obligatorias en su cobro*” [STS (Sala de lo Civil), de 30-3-1994 (Recurso núm. 1816/1991) (RJ 1994\2311), F.D.3º.].

³²⁵ SAP de Segovia (Sección Única), de 18-5-2000 (Recurso de Apelación núm. 192/2000) (AC 2000\1106), F.D.5º.

Un especial medio probatorio de la existencia de un uso, como tuvimos ocasión de comprobar en el anterior ap. II.-H.-b)a'), son las recopilaciones escritas de los mismos. En el ámbito estrictamente bancario, el art. 12, núm. 13, del Decreto de 16 de octubre de 1950³²⁶, que aprueba el Reglamento sobre organización, régimen y funcionamiento del Consejo Superior Bancario (en adelante, C.S.B.)³²⁷, encomendó a este organismo la tarea de una recopilación ordenada de los usos y costumbres mercantiles bancarios³²⁸.

Esta misión, pese a la derogación del Reglamento de 1950 citado, por la Ley 3/1994, de 14 de abril, ha sido asumida actualmente, conforme a la O.M. de 13 de mayo de 1994³²⁹, por la Asociación Española de Banca Privada (en lo sucesivo, A.E.B.)³³⁰, como entidad representativa de los bancos que componían el C.S.B., y destinataria de la totalidad de su patrimonio³³¹.

³²⁶ BOE núm. 321, de 17 de noviembre; rect. en BOE núm. 323, de 19 de noviembre. Este Decreto ha sido derogado expresamente, junto con los arts. 48, 50, 51 y 52 de la LOB, por la D.D. Única, ap. 3, de la Ley 3/1994.

³²⁷ Este organismo fue restablecido por el art. 50 de la LOB, en cuya virtud se configuraba como órgano consultivo del Ministerio de Hacienda en las materias de Banca, y continuador del "Comité Central de la Banca Española", existente al tiempo de promulgarse la LOB, al que declara extinguido. Este precepto ha sido derogado expresamente, por la D.D. Única, ap. 3, de la Ley 3/1994.

Anteriormente, el C.S.B. había sido suprimido por el D. de 2 de marzo de 1938 (BOE núm. 504, del 9), que también deroga el D. de 20 de agosto de 1936, por el que se crea el Comité Nacional de la Banca Privada (B.O. núm. 9, del 21). El citado Decreto de 1938 instituyó, en lugar de los organismos suprimidos, el Consejo Nacional de Crédito, como órgano consultivo del Ministerio de Hacienda (las facultades resolutorias del C.S.B. se transfieren a este Ministerio), que, a su vez, quedó disuelto por el D. de 24 de noviembre de 1939 (BOE núm. 335, de 1 de diciembre).

En virtud del art. 1 de su Reglamento de 1950 era obligatoria la adscripción de la Banca privada al C.S.B., e incluso la de los Bancos extranjeros establecidos en España. En iguales términos, se pronuncia el art. 50, párr. final, de la LOB, manteniéndose en la redacción dada por el art. 7.2 del R.D.-Leg. 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del Derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas (BOE núm. 155, del 30). El art. 50 LOB ha sido derogado expresamente por la Ley 3/1994.

³²⁸ El art. 12 dice textualmente: "*Corresponden al Consejo Superior Bancario, con carácter resolutivo, las facultades siguientes: (...) Decimotercera. Recoger las costumbres y usos mercantiles bancarios, bien con carácter general, bien por localidades o plazas, a los efectos del artículo segundo del Código de Comercio*".

³²⁹ BOE núm. 123, del 24.

³³⁰ La Asociación Española de Banca (A.E.B.) es una asociación profesional, de afiliación voluntaria (a diferencia del C.S.B., cuya afiliación era obligatoria, como hemos visto), con personalidad jurídica y patrimonios propios e independientes de sus miembros, compuesta por la práctica totalidad de los bancos españoles y extranjeros que operan en nuestro país. Fue creada en 1977 al amparo de la Ley que regula el derecho de asociación sindical.

La A.E.B. está constituida por los siguiente órganos de gobierno: a) la Asamblea General; b) el Consejo General; c) el Comité Ejecutivo; d) el Presidente; e) el Secretario General. Estos

En efecto, la Ley 3/1994 establece, en los aps. 2 y 3 de su D.A.11^a., que, con excepción de las funciones consultivas del C.S.B. que quedan derogadas³³², las restantes referencias a dicho Consejo que se contengan en la normativa preexistente se entenderán hechas en lo sucesivo a las entidades representativas de los bancos que lo componen³³³, que sucederán al C.S.B. respecto de las instituciones y servicios que estuvieren adscritos.

En este sentido, es preciso aludir al Capítulo III del Reglamento de 1950, en donde se regulan las funciones del C.S.B. En el art. 10 se establece que el C.S.B. desempeñará funciones de carácter informativo y funciones de naturaleza resolutive. Por tanto, se distinguen netamente ambas modalidades de funciones; y, así, a continuación, en el art. 11 se refiere a las funciones consultivas, en cuya virtud el C.S.B. será necesariamente oído y emitirá informe³³⁴; en cambio, en el

órganos estatutarios están asistidos por diferentes grupos de trabajo, de carácter permanente o transitorio, que tienen como función el análisis y propuesta de las actuaciones a desarrollar en su respectivo ámbito de actuación.

³³¹ El CSB fue disuelto en virtud de lo dispuesto en la D.A.11^a. de la Ley 3/1994. Al tenor de esta disposición, dicho organismo decidió en su sesión de 29 de abril de 1994 la designación de la A.E.B. como entidad representativa del C.S.B., al que sustituye.

³³² El ap. 2 de la D.A.11^a. establece: “*Se dejan sin efecto cuantas disposiciones establecen el informe preceptivo del Consejo Superior Bancario en determinadas materias*”; esto es, alude a las funciones consultivas a que se refiere el D. de 16-10-1950.

³³³ Las funciones de la A.E.B. se concretan, en la defensa y representación de los intereses colectivos de sus miembros en los distintos ámbitos que afectan a su actividad. Para el cumplimiento de estos fines, la A.E.B. incluye entre sus actuaciones:

- El mantenimiento de un diálogo fluido con la Administración pública, los grupos parlamentarios, las organizaciones sindicales, el resto de organizaciones empresariales o sociales y los medios de comunicación.
- La formulación de informes u observaciones sobre los proyectos de normas que se refieren a cualquier aspecto de la actividad bancaria y que le son presentados a tal fin.
- La negociación del convenio colectivo del sector en el que se establecen las condiciones laborales de carácter general.
- Una labor de normalización y racionalización de los procedimientos operativos a utilizar en las relaciones interbancarias y con la administración pública, especialmente en el ámbito de la compensación de medios de pago, valores, recaudación de tributos y cuotas de la seguridad social, etc.
- El estudio e informe de cualquier asunto de naturaleza legal o jurídica que sea de interés común para los bancos socios.
- La publicación periódica de los balances, cuentas de resultados y estados financieros consolidados de los bancos, así como la elaboración de informes sobre la coyuntura económica y la situación de los mercados financieros.
- Su participación y presencia en la Federación Bancaria de la Unión Europea (FBE), tanto en sus órganos de gobierno como en los numerosos comités y grupos de trabajo existentes en ella.

³³⁴ Sin carácter exhaustivo se pueden mencionar, entre otras:

- “*Cuarto. Sobre fijación de los tipos máximos de interés abonables a las cuentas corrientes, imposiciones y demás operaciones similares*”.

art. 12 se aluden a las funciones con carácter resolutivo del C.S.B., que son las que asume la A.E.B., y, en concreto, la aludida de recopilación de costumbres y usos bancarios, pese a la derogación del Reglamento de 1950.

Al respecto, es de advertir que resulta de gran interés una exposición de los usos bancarios. Pero lamentablemente, en España, a diferencia de otros países, como Alemania e Italia, donde existen colecciones de usos y condiciones bancarias, la A.E.B. (y, antes, el C.S.B.) ha incumplido su obligación legal de recopilar tales usos³³⁵.

A mayor abundamiento, los usos bancarios tampoco fueron incluidos en la *Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles seguidas en España*, elaborada, en 1964, a instancia del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España. Por tanto, la prueba de su existencia queda dificultada aún más. En efecto, la Comisión de Redacción de la obra creyó prudente respetar en este punto la facultad que, reglamentariamente, tenía atribuida al respecto el C.S.B., y por tanto no proceder a la recopilación de dichos usos³³⁶; siendo competencia exclusiva de las Cámaras de Comercio,

- “Quinto. Sobre fijación de los tipos de interés y comisiones mínimas en las operaciones activas, así como las condiciones de su aplicación, señalando, en su caso, las circunstancias especiales que aconsejen las variaciones de tipos y condiciones en determinadas plazas”.

- “Decimoctavo. Sobre las demás materias de su peculiar competencia, bien por iniciativa propia o a iniciativa del Ministerio de Hacienda, y de modo muy especial sobre los siguientes extremos: reformas en la legislación bancaria; normas de observancia obligatoria; concurrencia de los caracteres de derecho y de hecho en un determinado Banco; importancia de las plazas mercantiles y pueblos donde se solicite la instalación de nuevas oficinas bancarias; modificación de tarifas bancarias; regulación de las diversas operaciones bancarias activas y pasivas y, en general, sobre todos los asuntos de interés o responsabilidad para la Banca operante en España o que en tal sentido proponga el Sindicato correspondiente”.

³³⁵ La tarea recopiladora está dificultada, sin duda, por la tradicional reserva y discreción de los Bancos en lo que respecta a su operatoria y a las condiciones contractuales que tienen establecidas.

³³⁶ Es de advertir que en el art. 18, núm. 3, del Reglamento del T.R. de la Ley de Ordenación Bancaria [ésta fue aprobada por R.D.-Ley de 24 de enero de 1927 (Gaceta núm. 33, de 2 de febrero; rect. en Gaceta núm. 34, de 3 de febrero)], aprobado por R.D. de 8 de febrero de 1927 (Gaceta núm. 51, del 20), en el que se regulaba el C.S.B., ya se disponía que dicho Consejo tenía la atribución de “recoger las costumbres y usos mercantiles por localidades o plazas a los efectos del artículo segundo del Código de Comercio”; exigiéndose la concurrencia de las dos terceras partes de los Consejeros y la mayoría de los votos efectivos, para su validez [(art. 20.c)].

Una interpretación literal de dicho precepto permitió sostener a un sector doctrinal, encabezado por MARÍN LÁZARO, que, por extraño que pareciera, la misión recopilatoria de

Industria y Navegación la recopilación de los usos y prácticas mercantiles, dentro de la función consultiva y de dictamen, que, sin ningún límite, les atribuye su Reglamento Básico³³⁷, siguiendo la misma línea mantenida por los restantes ordenamientos extranjeros al respecto.

Pese a todo, la citada Recopilación general incorpora, en su Tercera Parte, determinados instrumentos del tráfico mercantil, los denominados “*efectos de comercio*” (letra de cambio y cheque)³³⁸, materia de gran importancia, y con especial incidencia en el ámbito bancario, y que podían haber sido objeto de recopilación por el C.S.B., a través de la relación de dichos efectos con los usos bancarios. Asimismo, esta obra también hace alusión, siquiera breve, en su Séptima Parte, a cláusulas contractuales abreviadas de Derecho Bancario.

b’) La Cámara de Comercio Internacional y su labor recopilatoria.

Otra materia que está ajena de la ordenación del C.S.B. es la de los créditos documentarios, los cuales son creación, relativamente reciente, de la práctica

todos los usos y costumbres del comercio estaba encomendada a dicho Instituto Bancario, y no sólo los específicos del sector bancario. Sin embargo, dicha interpretación había que restringirla, pues el mismo art. 18 señalaba que dicha función estaba atribuida al C.S.B. “en el ejercicio de sus funciones respecto a toda la Banca privada”, por lo que estaba circunscrita a este ámbito propio; idéntica interpretación cabe inducirla del art. 37 LOB de 31-12-1946, cuando establece que “ejercen el comercio de Banca las personas naturales o jurídicas que, con habitualidad y ánimo de lucro, reciben del público, en forma de depósito irregular o en otras análogas, fondos que aplican por cuenta propia a operaciones activas de crédito y a otras inversiones, con arreglo a las Leyes y a los usos mercantiles (...)”.

En pura lógica legislativa, y para evitar errores interpretativos, el art. 12, núm. 13, del nuevo Reglamento del C.S.B., aprobado por D. de 16 de octubre de 1950, dispone que corresponde al citado Consejo, con carácter resolutivo, la facultad de “*recoger las costumbres y usos mercantiles bancarios, bien con carácter general, bien por localidades o plazas, a los efectos del art. 2º. del Código de Comercio*”. Esto es, se adiciona el adjetivo “bancario” al texto primitivo; con ello, se confirma que la interpretación auténtica que debió realizarse en el art. 18, núm. 3, del Reglamento de 1927 era la del ámbito competencial restringido del C.S.B.

³³⁷ Conforme a su art. 8, vigente en ese momento [según el cual, estas entidades “*deben ser oídas necesariamente (...) sobre los usos y prácticas mercantiles en las plazas de su territorio*”], se procedió a la citada Recopilación general de usos, costumbres y prácticas mercantiles.

³³⁸ La sistemática de esta Tercera Parte sigue el orden lógico de la vida de los documentos: creación, circulación, extinción.

bancaria³³⁹. Un crédito documentario es un convenio entre un Banco y un importador, en cuya virtud aquél, actuando a petición de su cliente (ordenante), y siguiendo sus instrucciones, se compromete a efectuar un pago a un exportador (tercero beneficiario), contra la entrega de unos documentos exigidos, que son remitidos normalmente por otro Banco intermediario, y siempre que se hayan cumplido las condiciones establecidas, antes del vencimiento del plazo estipulado.

Ante la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de disposiciones que disciplinen específicamente el crédito documentario³⁴⁰, las normas reguladoras de los mismos son una recopilación de las reglas y usos que los Bancos aplican en la concesión y funcionamiento de estos créditos. Esta recopilación se conoce con el nombre de “Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios” (o “*Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*”, en terminología inglesa)³⁴¹, aprobados por la Comisión de Técnicas y Prácticas Bancarias de la C.C.I. de París (última edición revisada de 23-4-1993)³⁴², que han demostrado su eficacia en el mundo comercial y financiero, principalmente

³³⁹ Esta institución del llamado crédito documentario, conforme a la denominación más usual entre nosotros y demás países latinos e hispanos, es conocida internacionalmente por las siglas C.A.D., término acuñado por los ingleses como “*cash against documents*”. Sólo ha sido objeto de regulación positiva en el Código italiano (art. 369).

³⁴⁰ La atipicidad jurídica del crédito documentario no es exclusiva de nuestro ordenamiento jurídico interno. En efecto, es frecuente que las legislaciones nacionales no regulen este sector del Derecho Bancario, en aras de la seguridad jurídica en el tráfico comercial internacional, pues la regulación interna introduciría elementos perturbadores de la conveniente uniformidad en las prácticas bancarias de este medio de pago.

³⁴¹ Estas “Reglas y Usos Uniformes relativos a créditos documentarios” son acogidas en 1964 en la *Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles seguidas en España*, del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, en su Quinta Parte, dedicada al comercio exterior.

³⁴² Estas Reglas han sido periódicamente revisadas, adaptándolas a los cambios experimentados en la figura jurídica, lo que ha evitado que el texto originario entre en desuso. Así, se han producido cinco revisiones: en 1951 (realizada en Lisboa), 1962 (llevada a cabo en México), 1974 (revisión núm. 290), 1983 (publicación núm. 400 de la C.C.I., con vigencia desde 1-10-1984) y 1993 (publicación núm. 500 de la C.C.I., que es la actualmente vigente, aprobada en la reunión del Consejo Ejecutivo celebrada en Roma), desde la primera redacción elaborada por la C.C.I. en su congreso de Viena, en el año 1933.

en su vertiente internacional. En esta línea, hay que significar la fructífera labor recopilatoria desarrollada por la C.C.I. en el ámbito del sector bancario³⁴³.

En lo que respecta a los créditos documentarios, hay que advertir, como indica la SAP de Zaragoza de 2-10-1996, que *“si bien esa normativa no constituye Tratado Internacional, ni ha sido incorporada a la legislación española, el Tribunal Supremo establece, en Sentencias como la de fecha 14 marzo 1989 (RJ 1989\2043), que pueden ser incorporados a los contratos de crédito de ese tipo como condiciones generales de la contratación”*³⁴⁴. Asimismo, la STS (Sala de lo Civil), de 7-4-2000 afirma que *“si en el ámbito de esta Reglas –periódicamente revisadas desde la redacción primera que les dio la Cámara de Comercio Internacional en Viena el año de 1933– se producen las consecuencias de respuesta según lo convenido, en nuestro ordenamiento jurídico la inclusión de aquéllas en el contenido del contrato ha de llevar a su eficacia partiendo de lo dispuesto en los arts. 1091 y 1255 del Código Civil y no menos desde sus arts. 1256 y 1258”*³⁴⁵. En el fondo, de lo que se trata es de determinar si la infracción de estas Reglas puede servir de fundamento a un recurso de casación; en este punto, el Tribunal Supremo mantiene posturas contradictorias, valorando a las Reglas, en unas ocasiones, como usos del comercio, aplicables al contrato en defecto de normas legales (criterio normativista)³⁴⁶; y, en otras, sobre todo más recientemente, como parte

³⁴³ Así, p.ej. también ha dictado las “Reglas Uniformes relativas al Cobro de Papel Comercial”, que entraron en vigor el 1 de enero de 1968 y a las que se adhirió el C.S.B., en representación de la Banca de España.

O, también, en materia de avales o garantías bancarias, la C.C.I. ha aprobado las “Reglas Uniformes sobre garantías contractuales”, de 1978; y las específicas “Reglas Uniformes sobre garantías a primera demanda”, de 1991.

³⁴⁴ SAP de Zaragoza (Sección 5ª.), de 2-10-1996 (Rollo de Apelación núm. 231/1995) (AC 1996\1973), F.D.4º.

³⁴⁵ STS (Sala de lo Civil), de 7-4-2000 (Recurso de Casación núm. 2123/1995) (RJ 2000\2349), F.D.3º.

³⁴⁶ Así, entre otras, la STS (Sala de lo Civil), de 17-6-1994 (Recurso núm. 1714/1991) (RJ 1994\6725), F.D.2º, en donde se dice: *“La Audiencia recoge también que, no regulado por nuestro derecho positivo el crédito documentario irrevocable, ha de acudir a la regulación que sobre tal materia realizan las reglas y usos uniformes, según el texto aprobado en su última revisión, publicación número 400 de la Cámara de Comercio Internacional, que entró en vigor el 1 de octubre de 1984”*.

integrante del contrato, por declaración expresa de las partes contratantes (criterio contractualista)³⁴⁷.

En este sentido, para cierto sector doctrinal es necesario que el cliente se adhiera expresamente a estas Reglas en el contrato, para que desplieguen su total eficacia (tesis *contractualistas*); incidiendo en ello, esta corriente doctrinal, que es, actualmente, la que más apoyo encuentra, recuerda que los textos elaborados por la C.C.I. carecen de valor normativo alguno, al ser ésta una organización de carácter privado, formada por asociaciones de comerciantes para el desarrollo del comercio internacional³⁴⁸. En contra, se sitúan las tesis *normativistas*, que sostienen la aplicación automática de tales Reglas, no siendo necesario que se establezca su sujeción expresa en el contrato, al considerar que estas Reglas forman parte de la denominada “*lex mercatoria*”, que se configura como un ordenamiento uniforme, de carácter transnacional³⁴⁹. Una *postura intermedia* considera que estas Reglas, dada su generalización y repetición

³⁴⁷ P.ej., la STS (Sala de lo Civil), de 9-10-1997 (Recurso de Casación núm. 2800/1993) (RJ 1997\7066), que declara en su F.D.2º.: “*Las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios, fueron primeramente publicados en 1933 en Viena y posteriormente revisados en los años 1951, 1962, 1974 y 1983 (actualmente vigente), y han demostrado su eficacia en el mundo comercial y financiero, principalmente en su vertiente internacional. Las mismas complementan la voluntad contractual en el sentido de plasmar cláusulas tendentes a que los vendedores entreguen las mercancías antes de recibir el precio, o sea efectuar el pago contra la «remesa tácita». Resumiendo que son normas indicativas para complementar las relaciones contractuales y facilitar el comercio internacional. Pero con todas esas ventajas, nunca las referidas Reglas podrán estimarse como componentes del ordenamiento jurídico referido al artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además esta tesis determina que las Reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios, no forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, y convenientemente su hipotética infracción no puede motivar la fundamentación de un recurso de casación por infracción del ordenamiento jurídico, y así lo afirma la Sentencia de esta Sala, de 14 abril 1975 (RJ 1975\1517), cuando dice que las referidas Reglas no están incorporadas a nuestro sistema legislativo y no constituyen una ley o doctrina legal*”.

En consecuencia, para la mencionada STS de 14-4-1975 estas Reglas y Usos Uniformes serían *Acknowledged Trade Usages* [a diferencia de los INCOTERMS, que, como vimos en el ap. II.-E.-c)b’), son *Statutory Trade Usages*], es decir, han de ser invocados y probados como usos de comercio, si se pretende por las partes su alegación como tales usos de comercio.

³⁴⁸ Vid., entre otros, FERNÁNDEZ ARMESTO, J., *Los créditos documentarios irrevocables*, La Coruña, 1984, pp. 70 y 71; EMBID IRUJO, J. M., «Créditos documentarios. Comentario a la STS (Sala 1ª.) de 14 de marzo de 1989», en *La Ley*, 1989-2, p. 716; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 12ª. ed., Valencia, 1999, p. 822.

³⁴⁹ Vid. RUIZ, F. / ROBLES, J., *Los bancos y sus operaciones*, Madrid, 1976, p. 456, en donde se expresa que “estas reglas tienen el valor de ser subsidiariamente aplicables en caso de litigio entre las partes contratantes, salvo el caso de que se hayan admitido expresamente en el contrato, en cuyo caso tendrán fuerza de ley”.

uniforme, constituyen normas de Derecho objetivo, de carácter consuetudinario, como usos de comercio con función normativa³⁵⁰; las teorías contractualistas también critican esta postura, al entender que las revisiones periódicas de las Reglas impiden su consolidación como prácticas uniformes y reiteradas, negando que exista una conciencia de la obligatoriedad del texto, y consideran que es necesaria la remisión expresa a las Reglas en el contrato para que desplieguen efectos vinculantes entre las partes.

C.- LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS BANCARIOS.

a) Planteamiento doctrinal.

a') De las condiciones generales de los contratos, en general.

Los usos de comercio, pese a las dificultades de su conocimiento directo e inmediato, normalmente están recogidos en las condiciones generales de los contratos, lo que justifica el estudio de éstas.

Es un hecho que los contratos son redactados detallada y unilateralmente por los empresarios, ante la necesidad de tener certeza de todas sus actuaciones, y el cliente-consumidor se limita a prestar su conformidad al clausulado, de forma que se conceptúan como *contratos de adhesión*. Cuando el mismo contrato se generaliza, imponiéndose las cláusulas, en él establecidas, a la clientela de un mismo empresario o a un sector por un grupo de empresarios,

³⁵⁰ Vid. LANGA IZAGUIRRE, R., *El crédito documentario (sobre su naturaleza jurídica)*, Madrid, 1960, p. 73; TAPIA HERMIDA, A., «La modificación del crédito documentario y la responsabilidad del Banco avisador», en *RDBB*, núm. 60, 1995, p. 1110.

adquieren la consideración, respectivamente, de “condiciones generales del contrato”³⁵¹ o de “condiciones generales de la contratación”³⁵².

La doctrina ha aportado varios criterios para *justificar* la utilización de condiciones generales en la contratación en masa:

1º. dotan de mayor seguridad al tráfico jurídico, al regular detalladamente las prestaciones recíprocas de las partes, eliminando las eventuales controversias en torno a la interpretación y aplicación de los contratos³⁵³;

2º. simplifican la formación y conclusión de los contratos, reduciendo así los costes de su negociación³⁵⁴;

3º. permiten la unificación de los contratos, al uniformar el contenido de sus relaciones³⁵⁵; y

³⁵¹ VICENT CHULIÁ recuerda que “la doctrina tradicional partía de una amplia delimitación material de las condiciones generales o formularios, distinguiendo *cuatro supuestos*:

1) condiciones generales del contrato;

2) condiciones generales de la contratación (acordadas en las asociaciones empresariales de un determinado sector);

3) condiciones generales aprobadas o autorizadas por la Administración (como las que figuran en los modelos de contratos de arrendamiento financiero y de financiación de compra de bienes muebles a plazos aprobadas por el Ministerio de Justicia y publicadas en el BOE); y

4) condiciones generales establecidas por ley formal o material y transcritas de ésta” (VICENT CHULIÁ, F., «Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias», en *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias* (dir. por CUÑAT EDO, V.), Estudios de Derecho Judicial, núm. 55, Consejo General del Poder Judicial / Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004, p. 77).

³⁵² REYES LÓPEZ considera que, por vía de analogía, también sería aplicable la LGDCU a relaciones en que intervengan empresas en situación de desigualdad (REYES LÓPEZ, M^a. J., «A propósito de la inclusión de cláusulas dejadas al arbitrio de una sola de las partes contratantes en las condiciones generales de la contratación. Licitud de una cláusula impuesta por un Banco en un contrato de apertura de cuenta corriente, que le facultaba para declarar el vencimiento anticipado del crédito en el momento que apreciase que las circunstancias económicas habían variado en detrimento de la solvencia del contratante», en *RGD*, núms. 562-563, 1991, p. 5814).

³⁵³ *Vid.*, URÍA, R., «Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie», en *RDM*, núm. 62, 1956, p. 223; DE CASTRO, F., «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», en *ADC*, t. XIV-Fasc. 2, 1961, pp. 299 y 300; GARCÍA AMIGÓ, M., *Las condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1969, p. 24.

³⁵⁴ *Vid.*, NIETO CAROL, U., «Contratos de adhesión y Derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios», en *Act. Civ.*, núm. 2, 1993-1, p. 21.

³⁵⁵ *Vid.*, GARCÍA AMIGÓ, M., *Las condiciones...*, cit., p. 25.

4º. podemos añadir que facilitan la defensa de los legítimos derechos e intereses particulares de ambas partes contractuales, pues es un medio de prueba eficaz del contenido obligacional del contrato en cuestión.

Se ha discutido entre la doctrina el *pretendido carácter de fuente de Derecho objetivo* de las condiciones generales de los contratos, dada su generalidad y la forma de imposición³⁵⁶; frente a la teoría normativa de las condiciones generales³⁵⁷, la doctrina mayoritaria es partidaria de su naturaleza contractual, pues tienen por finalidad regular uniformemente las relaciones contractuales, lo que requiere el consentimiento de las partes³⁵⁸. Tras la aprobación de la LCGC en 1998, puede decirse que estas condiciones generales no son auténticas normas jurídicas, y sólo tienen eficacia *inter partes*, lo que exige el consentimiento mutuo en un contrato, no bastando la voluntad

³⁵⁶ GARRIGUES opina que “las condiciones generales de la contratación, por el dato de su obligatoriedad indiscutible para las partes y por su transcendencia al suplir las lagunas de la Ley en sectores enteros del tráfico mercantil, singularmente en materia bancaria y de seguros, ofrecen un carácter muy semejante al de la Ley” [GARRIGUES, J., *Contratos...*, cit., p. 19].

Por su parte, URÍA entiende que, pese a la generalidad de la doctrina que reconoce el carácter de fuente jurídica a las condiciones generales de los contratos, es preciso examinar particularmente el modo en que hayan sido formuladas:

1) Son normas de Derecho objetivo: a) las condiciones dictadas e impuestas por una autoridad pública investida de poder normativo; b) las impuestas indirectamente por esas autoridades mediante delegación de su potestad normativa a los empresarios; y c) también las condiciones generales dictadas en aplicación o ejecución de acuerdos tomados por asociaciones profesionales legalmente reconocidas dirigidos a disciplinar las singulares relaciones contractuales entre los empresarios de la asociación y sus clientes.

2) Por el contrario, no tendrán ese carácter y sí un fundamento contractual bilateral, las condiciones generales formuladas en ejecución de anteriores contratos de coalición, cartel o sindicación de los empresarios para imponerlas a sus clientes, ni tampoco las condiciones generales formuladas singularmente por cada empresario; en estos dos últimos casos las condiciones obligan al cliente cuando las acepta al adherirse a ellas en la estipulación del contrato, pero no porque tengan valor de norma de Derecho objetivo (URÍA, R., «Reflexiones...», cit., pp. 221 y ss.).

³⁵⁷ Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, cit., en donde dicho autor es partidario de esta teoría, al afirmar que las condiciones generales únicamente tienen validez si incorporan una norma que derive de la ley, la costumbre o los principios generales del derecho.

³⁵⁸ Así, según VICENT CHULIÁ: “Las condiciones generales de la contratación impuestas por las empresas no son Derecho objetivo, a pesar de su aplicación generalizada, y ni siquiera pueden originar usos del comercio, ya que en su repetición, por venir impuesta, no existe *opinio juris vel necessitatis* (p.ej., no pueden originar usos bancarios, como reconoció la histórica STS de 8 de abril de 1994, *Caixa Catalunya*)” (VICENT CHULIÁ, F., «Condiciones generales...», cit., p. 82).

unilateral de una de las partes; en consecuencia, en esta materia es aplicable la normativa sobre obligaciones y contratos.

Por tanto, entendemos, la principal *diferencia* de las condiciones generales de los contratos *con respecto a los usos de comercio* (entiéndase, normativos) radica, principalmente, en la falta del carácter normativo de aquéllas. Así, la obligatoriedad del uso jurídico radica, como toda norma jurídica, que es, en su carácter genérico y previo a la realización del presupuesto fáctico; mientras que la obligatoriedad de la condición general se plantea con posterioridad, en cada caso singular, en la medida en que el cliente se adhiere, particularmente, al clausulado que ha sido impuesto unilateralmente por la otra parte contractual. En última instancia, el elemento diferenciador básico es la convicción social de su obligatoriedad (*opinio iuris vel necessitatis*), de que una práctica comercial es vinculante para ambas partes sin necesidad de pacto expreso; requisito de naturaleza subjetiva éste, ausente en la condición general, que permite la consideración jurídica del uso normativo como fuente del Derecho (art. 1.3, párr. 2º., del CC).

b') De las condiciones generales de los contratos bancarios, en particular.

En el ámbito contractual estrictamente bancario, todo lo expuesto tiene especial relevancia, pudiendo afirmarse que las condiciones generales de los contratos bancarios han tenido una *amplia difusión*, por varios factores:

1) Por un lado, de forma destacada, la ausencia de regulación legal de los contratos bancarios³⁵⁹.

³⁵⁹ La insuficiencia de la regulación de las condiciones generales en materia de contratación bancaria, contenida en la LGDCU, ha motivado la aparición de normas específicas, que no pueden entenderse satisfactorias.

De forma que, con excepción de la LCC, en materia de crédito al consumo, la normativa sobre condiciones generales de los contratos bancarios está referida a la noción de la clientela bancaria, y no del consumidor. Tal es el sentido que se desprende genéricamente en el art. 48.2 LDIEC cuando se atribuye diversas facultades al Ministro de Economía y Hacienda, “*con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y*

- 2) En íntima conexión con el reseñado elemento, el carácter dispositivo de las normas contractuales supletorias del Código Civil, que determina que aquí incida de forma destacada la libertad de pactos del art. 1255 CC. Ello se plasma en el propio contenido contractual, establecido en las condiciones generales, si bien con las limitaciones establecidas en dicho precepto de no ser contrarios a la ley, la moral o al orden público³⁶⁰.
- 3) También hay que señalar la uniformidad de la contratación bancaria. Esta nota característica de las condiciones generales de los contratos, en general, vista pocas líneas atrás, es más evidente tratándose de contratos bancarios, pues permite homogeneizar el contenido de los formularios bancarios³⁶¹.
- 4) Y el interés de los bancos en lograr la mayor transparencia posible en sus relaciones con la clientela bancaria, con el objeto de eximirse de los posibles supuestos de responsabilidad, que traslada al propio cliente bancario³⁶².

sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela”.

³⁶⁰ El concepto de “orden público” es discutido y variable, como señala O’CALLAGHAN MUÑOZ, que lo califica como “aquel tipo de normas que alcanzan un valor preferente dentro del ordenamiento jurídico” (O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Condiciones Generales de Contratación: Conceptos Generales y Requisitos», en *Contratos de adhesión y derechos de los consumidores*, Madrid, 1993, p. 13).

³⁶¹ Ello permite la elaboración de unas reglas uniformes en los formularios bancarios, elaboradas por las distintas entidades de crédito. Como analizaremos en el ap. III.-C.-c)a’), esta práctica de “uniformización” de las condiciones generales de los contratos bancarios se ha seguido en Francia, Italia y, principalmente, Alemania, desde hace tiempo, pero en España aún no se ha dado ningún avance en tal sentido.

³⁶² La exoneración de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones contractuales tiene como límite el dolo y la culpa grave. Por tanto, en tales casos (esto es, en los supuestos de incumplimiento contractual consciente y deliberado), ninguna cláusula de irresponsabilidad puede proteger al Banco, pues sería contrario al principio de la buena fe en la ejecución y el cumplimiento de los contratos mercantiles (art. 57 CCo.). Asimismo, es nula la renuncia de la acción para hacer efectiva la responsabilidad procedente del dolo, responsabilidad que es exigible en todas las obligaciones (art. 1102 CC).

GARCÍA AMIGÓ opinaba, en este tema: “Las estipulaciones de no responsabilidad formuladas por el banquero y aceptadas libremente por el cliente son, sin embargo, nulas en la medida de que la responsabilidad se deba a culpa grave o a dolo del banquero. Ahora bien, teniendo en cuenta que se trata de una actividad profesional y, además, que se trata de contratos basados en el crédito, en la confianza del público, la culpa habrá de ser apreciada con mayor severidad (culpa profesional)” (GARCÍA AMIGÓ, M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965, p. 215). *Vid.*, también, MOLLE, *I contratti bancari*, Milán, 1973, pp. 46-53.

En torno a la *naturaleza jurídica* de las condiciones generales de la contratación bancaria, el pfr. GARRIGUES sostiene que cuando su grado de difusión y objetividad sea muy amplio “dichas condiciones podrían asimilarse al uso mercantil normativo”³⁶³; es decir, podrían equipararse a lo que él entiende como uso en fase de «objetivación generalizadora»³⁶⁴, consistente en el hecho de que “la cláusula típica de los contratos se destaca de la voluntad de las partes, aislándose de ella y convirtiéndose en norma objetiva de Derecho que se impone como tal a la voluntad de los particulares, los cuales, no pactando lo contrario, quedan vinculados, aunque lo ignoren”³⁶⁵.

Frente a esta posición realista, que examina esta cuestión desde un punto de vista de las fuerzas sociales intervinientes, se manifiestan varios autores (entre otros, DE DIEGO, y DE CASTRO), que se oponen al predominio de las grandes empresas a través de las condiciones generales³⁶⁶.

b) Delimitación previa de los contratos bancarios.

a') *Concepto de contrato bancario.*

Los Códigos de Comercio decimonónicos no contienen una regulación específica de los contratos bancarios, limitándose a conceptuar a las operaciones bancarias como mercantiles, y remitiéndose el legislador, para la regulación de esta clase de operaciones, a las normas mercantiles especiales y, supletoriamente, a las normas generales del Derecho común³⁶⁷. Por ello, muchos

³⁶³ GARRIGUES, J., *Contratos...*, cit., p. 21.

³⁶⁴ GARRIGUES, J., *Tratado...*, cit., p. 148.

³⁶⁵ GARRIGUES, J., *Contratos...*, cit., p. 21.

³⁶⁶ Vid. DE DIEGO, *Dictámenes Jurídicos*, II, Madrid, 1958, pp. 613 y 614.

También, vid. DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1949, p. 355; y, posteriormente, en 1961, DE CASTRO, F., «Las condiciones generales...», cit., pp. 307 y ss.

³⁶⁷ Así, p.ej., en el art. 310 CCo. (último precepto del Título IV del Libro II, en donde dicho precepto está inserto) se exceptiona al depósito bancario el tratamiento general que el Código de Comercio dispensa al depósito mercantil en las normas precedentes. Su tenor es: “*No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los depósitos verificados en los bancos, en los almacenes*”

contratos bancarios, ante la ausencia de regulación legal, se han remitido a la regulación del depósito y del préstamo, realizada en el Código de Comercio (art. 303 y ss., y art. 311 y ss., respectivamente) y en el Código Civil (arts. 1758 a 1789, y 1740 a 1757), así como a la comisión mercantil (art. 244 y ss. del CCo.)³⁶⁸.

Nuestro Código de Comercio se refiere a las operaciones bancarias en el art. 175 (con carácter general), y, específicamente, en los arts. 177, 199 y 212, al caracterizar a los diversos tipos de Bancos. Hay que tener en cuenta que estos preceptos no tienen sustantividad propia, pues hay operaciones (depósito,

generales, en las sociedades de crédito o en otras cualesquiera compañías, se regirán en primer lugar por los estatutos de las mismas; en segundo, por las prescripciones de este Código, y, últimamente, por las reglas del Derecho común, que son aplicables a todos los depósitos”.

Por mandato de este precepto, los Estatutos de los Bancos, se anteponen a las normas legales de carácter dispositivo en materia de contratación. Sin embargo, realmente no constituyen fuente de Derecho objetivo, ya que la obligatoriedad de dichos Estatutos reside en la voluntad de los socios (relaciones societarias internas) y en el acuerdo contractual de las partes (relaciones externas de la sociedad con sus clientes), que es al que se refiere el art. 310 CCo., en materia de depósitos bancarios; tratándose de bancos privados, los Estatutos de los bancos tienen un mero valor contractual, y sólo obligan a los Bancos y a sus clientes en los términos pactados. *Vid.* GARCÍA AMIGÓ, M., «En torno al art. 310 del Código de Comercio (su significado para la teoría general de las fuentes de Derecho y para el problema de las “condiciones generales de la contratación”)», en *RDP*, 1964, pp. 836 y ss.

Por otra parte, como vimos en el ap. II.-A.-a), el actual Derecho mercantil ya no se limita al Código de Comercio, que asiste a un fenómeno de descodificación mercantil en multitud de leyes especiales. Por tanto, la referencia del art. 310 CCo. a “*las prescripciones de este Código*” (o, más genéricamente en el art. 2 CCo. a “*las disposiciones contenidas en él*”), ha de entenderse a la “*Ley mercantil*”, tanto general (Código de Comercio) como especial; y, en consecuencia, la ley mercantil especial se aplicará con preferencia a las reglas del Derecho común.

³⁶⁸ Sin embargo, consideramos que estos contratos bancarios, que, en puridad, caben calificar como “*atípicos*” (en tanto no tienen una regulación legal específica), si bien pueden adoptar características del Código de Comercio y del Derecho común, sin embargo, tienen una naturaleza jurídica particular; y, por tanto, estas reglas comunes sufren una transformación de diferenciación de la modalidad contractual bancaria en cuestión.

P.ej., el depósito bancario de dinero, como clase del depósito mercantil, se aparta netamente del régimen general del Código Civil, en donde se establece la naturaleza jurídica gratuita del depósito, “*salvo pacto en contrario*” (art. 1760 CC). De forma que en el depósito mercantil la gratuidad es excepcional (art. 340 CCo.: “*El depositario tendrá derecho a exigir retribución por el depósito, a no mediar pacto expreso en contrario*”).

Igualmente, el depósito bancario de dinero se puede concebir como depósito mercantil irregular, *sui generis*, en el que la titularidad del bien pasa al propio Banco, quien puede disponer del mismo (con la obligación de devolver la misma cantidad entregada, con los intereses pactados, en el tiempo y en la forma estipulados); apartándose del régimen general de que la cosa depositada continúa siendo de la titularidad del depositante. Cfr. con el art. 1766 CC (“*El depositario está obligado a guardar la cosa y restituirla, cuando le sea pedida, al depositante, o a sus causahabientes, o a la persona que hubiese sido designada en el contrato*”) y el art. 306 CCo. (“*El depositario está obligado a conservar la cosa objeto del depósito según la reciba, y a devolverla con sus aumentos, si los tuviere, cuando el depositante se la pida*”).

préstamo, descuento, etc.) que pueden ser realizadas por sujetos que no son Bancos. Sólo pueden conceptuarse estrictamente como operaciones bancarias aquellas en las que interviene un Banco, el cual está dotado del carácter de la *profesionalidad*³⁶⁹, inherente a todo acto de comercio en sentido propio³⁷⁰, como elemento diferenciador del resto de sujetos que realizan operaciones que no son bancarias. De forma que cuando estas operaciones son realizadas profesionalmente por los Bancos, pueden entenderse como operaciones bancarias; en cambio, las operaciones dejan de ser bancarias cuando se practican por sujetos que no son Bancos³⁷¹.

Frente a esta concepción subjetiva del contrato bancario, representada por GARRIGUES, existe un sector doctrinal partidario de un criterio objetivo, según el cual las operaciones bancarias se asientan en una pura actividad de interposición en el crédito³⁷². SÁNCHEZ CALERO sigue esta posición doctrinal cuando define al contrato bancario como “aquel acuerdo de voluntades tendente a crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica bancaria, entendiéndose por tal la que se incardina dentro de la actividad de intermediación crediticia indirecta; es decir, una relación que sirva para que el banco realice la actividad de captar fondos del público con ánimo de utilizarlos por cuenta propia en la concesión de créditos”³⁷³.

VICENT CHULIÁ, por su parte, adopta una postura ecléctica, con la que nos identificamos; y distingue en el concepto de contrato bancario dos nociones: 1) una noción subjetiva, en cuya virtud “es contrato bancario el *estipulado profesionalmente por un Banco, hoy por toda Entidad de Crédito*, generalmente

³⁶⁹ Este carácter es entendido como actividad habitual y con ánimo de lucro, elementos diferenciadores de los Bancos (reconocidos en el art. 37 LOB), como veremos en el ap. III.-C.-c)b')b")b'''), como empresas mercantiles, cuyo objeto principal, no el único, es la mediación en las operaciones sobre dinero y sobre títulos.

Vid., en este sentido, FOLCO, *El sistema...*, cit., p. 139, para quien la Banca no se puede definir como un simple comerciante de dinero, sino que ha de entenderse como una “empresa industrial del crédito”. Por tanto, los Bancos no sólo actúan como mediadores de crédito, sino que también intervienen en la creación del crédito.

³⁷⁰ *Vid.* GARRIGUES, J., *Contratos...*, cit., p. 11; quien resalta este elemento.

³⁷¹ *Vid.* GARRIGUES, J., *Contratos...*, cit., pp. 12 y 13.

³⁷² Entre otros, aunque con reservas, SANTOS (*vid.* SANTOS, V., *El contrato bancario. Concepto funcional*, Bilbao, 1972, p. 124).

³⁷³ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. II, 23ª. ed., Madrid, 2000, p. 316.

sobre dinero, crédito o títulos valores, bien de forma esporádica (*operaciones de caja o ventanilla*) o bien dentro de la relación permanente con un cliente (*relación de cuenta corriente*); y

2) una noción objetiva o funcional, “como *operación integrada en la intermediación en el crédito indirecto*, que es lo que caracteriza el núcleo esencial de la actividad bancaria legalmente tipificada (art. 37 LOB y art. 39 LDIEC, que define qué es «Entidad de Crédito»)”³⁷⁴.

En cualquier caso, la doctrina mayoritaria sostiene la mercantilidad de los contratos bancarios, basándose en el art. 175 y ss. del CCo.³⁷⁵. Esto es, las operaciones bancarias, merced a su inclusión en el Código de Comercio, son actos de comercio, según la definición del art. 2 CCo., y, en consecuencia, tienen carácter mercantil.

b') Clasificación de los contratos bancarios.

Del examen de las condiciones generales de los contratos bancarios se puede realizar una tipología contractual³⁷⁶, a falta de una tipicidad legal³⁷⁷; lo

³⁷⁴ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, 14ª. ed., 2001, cit., p. 875.

³⁷⁵ Sin embargo, VICENT CHULIÁ considera que “es *legítimo calificar como contratos civiles los contratos bancarios con consumidores*, es decir, aquellos en que el dinero o los servicios no se destinan a «operaciones mercantiles», aplicando por analogía el criterio del art. 311 CCo.”. Y se refiere a la SAP de Barcelona (sección 15ª.), de 17-2-1994, que califica como civil un contrato de *leasing a consumidor* (VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, 14ª. ed., 2001, cit., p. 877).

³⁷⁶ CUÑAT EDO, V., «Las fuentes reguladoras de la actividad contractual bancaria», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil-Homenaje a Evelio Verduera y Tuells*, t. I, Madrid, 1994, p. 606.

³⁷⁷ La propia LDIEC, ya en 1988, año de su aprobación, manifiesta en su Exposición de Motivos la necesidad de una Ley general sobre ordenación de la actividad de las entidades de crédito. Pero, añade, que “*por su complejidad, no puede abordarse con premura*”; considerándose conveniente “*aprovechar la aprobación de esta Ley para resolver ciertos problemas sustantivos importantes del régimen legal de las diversas categorías de entidades financieras*”.

No obstante, el art. 52 LDIEC (este precepto está incluido en el Título V, Título que ha sido adicionado por el art. 1 de la Ley 3/1994, de 14 abril), enumera pormenorizadamente, si bien sin ánimo clasificatorio, las actividades bancarias que podrá realizar en España cualquier entidad de crédito autorizada en otro Estado miembro de la Unión Europea, y que se benefician de un reconocimiento mutuo dentro de la Unión. Entre otras, la captación de depósitos u otros fondos reembolsables; el préstamo y el crédito, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y la

cual es posible dado el uso masivo a los mismos (característica, que, por otro lado, es común en todos los contratos mercantiles), así como por su relativa uniformidad en las cláusulas redactadas por las principales entidades de crédito.

Entre las muchas clasificaciones posibles, se puede atender a la actividad de intermediación crediticia (operaciones activas y pasivas, según sea el banco el que conceda crédito o el que reciba fondos ajenos, respectivamente) o a la actividad de servicio o gestión (operaciones neutras) desarrollada por las entidades de crédito.

- 1) En definitiva, las *operaciones activas* comprenden los contratos de préstamo bancario de dinero³⁷⁸, apertura de crédito³⁷⁹, y descuento bancario³⁸⁰.
- 2) Por su parte, las *operaciones pasivas* abarcan los contratos de depósito bancario de dinero³⁸¹ y de redescuento bancario.
- 3) Por último, entre las *operaciones neutras o de gestión* cabe mencionar los depósitos bancarios regulares, sean éstos cerrados (p.ej. servicios bancarios de cajas de seguridad) o abiertos (p.ej. depósito administrado de valores³⁸²). Las

financiación de transacciones comerciales; el “factoring” con o sin recurso; el arrendamiento financiero; las operaciones de pago, con inclusión, entre otros, de los servicios de pago y transferencia; etc.

³⁷⁸ Con garantía personal (fianza, aval y cartas de patrocinio), real (prenda, hipoteca), o con garantía incorporada a documentos cambiarios (letra o pagaré).

³⁷⁹ Esta apertura de crédito puede ser en cuenta corriente (también denominada cuenta corriente de crédito) o estar garantizada. Las garantías pueden ser personales (fianza y cartas de patrocinio); o reales (prenda, hipoteca), siendo éstas admisibles, aunque con dificultades para su realización, debido a la indeterminación inicial de la deuda garantizada.

³⁸⁰ El descuento puede ser de títulos cambiarios o de títulos no cambiarios (entre éstos, los cupones de acciones u obligaciones, las certificaciones de obras, etc.). El descuento de títulos cambiarios comprende tanto el descuento comercial (la letra presupone la existencia de una operación comercial, normalmente, una compraventa con precio aplazado) como el descuento financiero.

³⁸¹ Podemos diferenciar el depósito bancario atendiendo a dos criterios:

1) Por la titularidad de los depósitos bancarios de dinero, con o sin firma autorizada, sea aquella individual o colectiva (o cotitularidad); en este último caso, el depósito puede ser indistinto (o solidario), mancomunado (o conjunto), o condicionado.

2) Por el grado de disponibilidad de lo depositado, caben dos modalidades:

- Depósito a la vista: depósito en cuenta corriente (admiten descubiertos del cliente y se facilita un talonario de cheques bancarios) y cuentas (o libretas) de ahorro a la vista (no admiten descubiertos y no se entrega talonario de cheques).

- Depósito a plazo (o imposición): contrato de cuenta de ahorro y contrato de imposición a plazo fijo.

³⁸² Éste es un contrato con claras analogías con otros contratos bancarios neutros, como son los de administración de valores representados por anotaciones en cuenta, y el de gestión de carteras de valores (esta gestión puede resultar ser una “administración asesorada” o una “gestión

operaciones neutras también comprenden los supuestos de mediación en el pago (transferencia bancaria, giro bancario y domiciliación bancaria de recibos, aval bancario y tarjetas de crédito) y de mediación en la emisión de valores mobiliarios; así como el suministro de informes comerciales (relativos al análisis del mercado, nacional o extranjero, o de la solvencia de personas).

Hay que advertir que determinados contratos presentan unos perfiles poco nítidos en su caracterización, por lo que resulta difícil encuadrarlos en un grupo u otro. Así, p.ej., el crédito documentario, según los casos, puede entenderse como una concesión de crédito del banco al ordenante y al beneficiario (entonces, se conceptuaría como una operación activa); o bien consistir en una operación neutra, cuando se realice una gestión de pago con entrega de documentos.

En otros casos, en cambio, a determinados contratos mercantiles atípicos (p.ej. el *factoring*) es conveniente concebirlos, no como contratos bancarios, pues no siempre hay un anticipo de fondos, sino como meros contratos de colaboración.

Respecto a cada una de dichas modalidades tendremos ocasión de conocer, pormenorizadamente, en la “SEGUNDA PARTE”, la posición de la jurisprudencia y del SRBE.

c') Eficacia de las disposiciones administrativas de protección del crédito.

La protección de los clientes bancarios frente a la moderna contratación en masa ha seguido un proceso paralelo a la preocupación por el establecimiento de un sistema de contratación transparente. En efecto, el contrato bancario no es ajeno al fenómeno actual de “standarización” de los contratos por las grandes empresas; de forma que aquél se ha sustituido por un “contrato-tipo”, extendido en formularios impresos, que ha sido redactado previa y unilateralmente por las

discrecional”, según sea, respectivamente, el cliente o la entidad de crédito quien adopte las decisiones oportunas respecto a las inversiones a realizar).

entidades de crédito, y que puede contener cláusulas abusivas; limitándose los clientes a adherirse a su clausulado, al tiempo de concertar la operación. Esta situación provoca tres consecuencias exorbitantes: 1) se rompe el equilibrio contractual frente a la parte predisponente, que ostenta una posición de predominio; 2) se reduce así la autonomía de la voluntad de una de las partes contractuales; y 3) se impide al adherente que pueda eludir su aplicación³⁸³. Ello justifica la tutela de los poderes públicos, exigiéndose, como contrapartida, la transparencia del mercado, en el que la parte más débil, contractualmente, pueda desenvolver su libertad de elección³⁸⁴.

En virtud de la técnica de la deslegalización administrativa [*vid.* el ap. III.-A.-b)b’)], el art. 48.2 LDIEC otorga al Ministro de Economía y Hacienda amplias facultades de protección de la clientela de las entidades de crédito³⁸⁵. Así, en materia contractual bancaria, se puede reconocer en dicha disposición la exigencia de dos requisitos (de incorporación y contenido)³⁸⁶, que pueden entenderse esenciales para la validez del contrato:

1) Por un lado, en cuanto al requisito de **incorporación** (engloba los requisitos de forma escrita y entrega), el Ministro podrá “*establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito (...)*” [ap. a) del art. 48.2 LDIEC]; e “*imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato, debidamente suscrito por la entidad de crédito*” [ap. b) del art. 48.2 LDIEC]. Ambos requisitos, de la forma escrita y de la entrega del documento contractual,

³⁸³ Vid. SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, Milán, 1978, p. 37.

³⁸⁴ AURIOLÉS MARTÍN señala que “en nuestro ordenamiento, el término «transparencia» no goza de un significado técnico-jurídico preciso, si bien se utiliza figuradamente con referencia a las reglas sobre información y publicidad de las condiciones efectivas que las entidades aplican en sus operaciones con sus clientes” (AURIOLÉS MARTÍN, A., «Aspectos generales...», cit., p. 458).

SÁNCHEZ CALERO considera que “en lugar de hablar de transparencia de las condiciones generales, quizá sea más precisa la indicación del artículo 10.1.a) de la Ley de los consumidores cuando exige en la redacción de las cláusulas contractuales «concreción, claridad y sencillez» sin reenvíos a textos o documentos” (SÁNCHEZ CALERO, F., «Condiciones generales en los contratos bancarios», en *Contratos bancarios*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, p. 315).

³⁸⁵ “*Con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito*”, dice la norma.

³⁸⁶ Estos requisitos son una especificación de los que se predicen con carácter general en materia de consumidores y usuarios en la LGCDCU; y que, posteriormente, se recogerán en la LCGC, y en la LCC, en sus respectivos ámbitos de aplicación, como veremos en el ap. III.-C.-d).

se configuran como elementos esenciales para la protección de los clientes bancarios, pues permite conocer el contenido contractual.

2) También se faculta al Ministro para “*determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas con su clientela habrán de tratar o prever de forma expresa, exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos e imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos*” [ap. a) del art. 48.2 LDIEC]. Esto es, se refiere a la potestad reglamentaria del Ministro para establecer el **contenido** mínimo de los contratos bancarios, que habrán de concretarse en determinados formularios de contratos, y sobre los cuales se ejercerá un control administrativo.

En cumplimiento del art. 48.2 LDIEC, se dictan la O.M. de 1989³⁸⁷ y la CBE 8/1990, que la desarrolla. Esta Circular ha sido objeto de sucesivas modificaciones³⁸⁸, justificadas, bien por la incidencia que, en su contenido, ha

³⁸⁷ La, actualmente vigente, O.M. de 12 de diciembre de 1989 deroga a la O.M. de 3 de marzo de 1987, relativa a liberalización de tipos de interés y comisiones y sobre normas de actuación de las entidades de depósito (BOE núm. 55, del 5). Esta O.M. de 1987 derogó, entre otras, la precedente O.M. de 17 de enero de 1981 (referida en el núm. Marginal 312); dicha O.M. de 1987, al mismo tiempo que permitía una mayor libertad de funcionamiento al mercado financiero, construyó un sistema de protección del cliente, que basaba en una correcta información (“conocer con exactitud”, decía la norma) de éste en determinadas materias (publicidad, tarifas, tipos de interés, documentos contractuales y liquidatorios, etc.) y en la creación de un Servicio de Reclamaciones, en el Banco de España (art. 9).

Por otra parte, la O.M. de 1987 fue desarrollada por la CBE 15/1987, de 7 de mayo, relativa a Entidades de Depósito: tipos de interés, comisiones y normas de actuación con la clientela (BOE núm. 118, del 18), que establecía los requisitos que las entidades de depósito debían de cumplir en las operaciones que concertaran con sus clientes.

En torno a los antecedentes normativos en materia de protección de la clientela bancaria, *vid.* mi artículo, PANCORBO LÓPEZ, M. L., «El Servicio de Reclamaciones del Banco de España, ...», *cit.*, pp. 974-976.

³⁸⁸ Estas modificaciones se han producido por las siguientes circulares:

- 1º. CBE 22/1992, de 18 de diciembre (BOE núm. 310, del 26);
- 2º. CBE 13/1993, de 21 de diciembre (BOE núm. 313, del 31);
- 3º. CBE 5/1994, de 22 de julio (BOE núm. 184, de 3 de agosto);
- 4º. CBE 3/1996, de 27 de febrero (BOE núm. 63, de 13 de marzo);
- 5º. CBE 4/1998, de 27 de enero (BOE núm. 38, de 13 de febrero);
- 6º. CBE 3/1999, de 24 de marzo (BOE núm. 83, de 7 de abril);
- 7º. CBE 7/1999, de 29 de junio (BOE núm. 163, de 9 de julio);
- 8º. CBE 1/2000, de 28 de enero (BOE núm. 35, de 10 de febrero);
- 9º. CBE 3/2001, de 24 de septiembre (BOE núm. 242, de 9 de octubre); y
10. CBE 4/2002, de 25 de junio (BOE núm. 157, de 2 de julio).

Asimismo, la CBE 6/1991, de 13 de noviembre, a Entidades Gestoras del Mercado de Deuda

producido la aparición de varias normas jurídicas, de carácter legal y reglamentario³⁸⁹, bien por la adaptación de nuestra normativa al Derecho comunitario³⁹⁰ o por otras causas, que lo han aconsejado.

Ambas disposiciones reglamentarias configuran un conjunto de normas relativas a transparencia de las operaciones³⁹¹, publicidad³⁹² y de protección de la clientela. En lo que a estas últimas afecta, cabe señalar el siguiente régimen de protección contractual:

1) El requisito de entrega, al que se refiere el ap. b) del art. 48.2 LDIEC, se explicita en los aps. 1 y 2 del núm. 7º. de la O.M. de 1989³⁹³; y se desarrolla en

Pública en Anotaciones (BOE núm. 281, del 23) ha afectado a la CBE 8/1990, al derogar tácitamente el ap. 1 de su norma 29ª.

³⁸⁹ Cabe mencionar, cronológicamente:

- Ley 2/1994.
- O.M. de 5 de mayo de 1994.
- LCC de 1995.
- O.M. de 27 de octubre de 1995, cit. en el núm. Marginal 296.
- LCGC de 1998.
- Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro (BOE núm. 302, del 18).
- R.D. 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de Contratación (BOE núm. 306, del 23).
- R.D. 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, en desarrollo del artículo 5.3 LCGC (BOE núm. 313, del 31).
- LMRSF de 2002, cit. en el núm. Marginal 296.
- R.D. 303/2004, cit. en el núm. Marginal 296.

³⁹⁰ P.ej. la Recomendación 97/489/CE, de la Comisión, de 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos (DOCE, Serie L, núm. 208, de 2 de agosto).

³⁹¹ Estas normas se refieren a tipos de interés, comisiones, normas de actuación y obligaciones de información a clientes.

³⁹² Régimen de previas autorizaciones del Banco de España, en materia de publicidad.

³⁹³ El núm. 7º., ap. 2, de la O.M. de 1989 establece la obligatoriedad de la entrega del documento contractual, medie o no petición del cliente, en los siguientes casos:

- “a) Apertura de cuenta corriente a la vista o cuenta de ahorro.*
- b) En las operaciones siguientes, cuando su importe sea inferior a diez millones de pesetas: operaciones de préstamo y crédito; compraventa de activos financieros con pacto de retrocesión; operaciones de depósito a plazo o captación de fondos mediante pagarés o instrumentos similares.*
- c) Operaciones de arrendamiento financiero.*
- d) Cesiones de activos no incorporados a valores negociables, o de derechos o cuotas sobre cualquier clase de activo.*
- e) Las demás que establezca el Banco de España.”*

En cualquier caso, *“cuando lo solicite el cliente, las Entidades de crédito deberán hacerle entrega del correspondiente ejemplar del documento contractual en que se formalice su operación, suscrito, además de por el cliente, por persona con poder para obligar a la Entidad”* (núm. 7º., ap. 1, de la O.M. de 1989).

los aps. 1 a 5 de la norma 6^a. de la CBE 8/1990. En cuanto al requisito de la forma escrita, que se impone en el ap. a) de la norma legal citada, aunque no se contempla expresamente en la O.M. de 1989 y en la CBE 8/1990, se desprende implícitamente, por su obviedad, del propio requisito de entrega.

2) Por su parte, el requisito de contenido, al que alude también el ap. a) del art. 48.2 LDIEC se concreta en el ap. 4 del núm. 7º. de la O.M. de 1989, que establece que “*los documentos contractuales relativos a operaciones activas o pasivas en los que intervenga el tiempo deberán recoger de forma explícita y clara*” varios extremos³⁹⁴; siendo desarrollado por el ap. 6 de la norma 6^a. de la CBE 8/1990.

Las normas administrativas vistas, entendemos, plantean problemática en cuanto a su eficacia jurídico-privada, en varios órdenes:

1) Por un lado, la cuestión de un eventual límite a la libertad contractual.

En efecto, el mencionado art. 48.2 LDIEC, en cuya virtud se dictan dichas disposiciones, establece que las referidas facultades del Ministro de Economía y Hacienda se le otorgan “*sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela*”.

Este precepto pone de manifiesto el intervencionismo de la Administración pública, no sólo en el ámbito de supervisión de las entidades de crédito, sino

³⁹⁴ Este precepto se refiere a:

a) *El tipo de interés nominal que se utilizará para la liquidación de intereses o, en el caso de operaciones al descuento, los precios efectivos inicial y final de la operación.*

b) *La periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de los mismos o, en su caso, de los precios efectivos citados en la letra anterior, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal, el importe absoluto de los intereses devengados (...).*

c) *Las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación (...).*

d) *Los derechos que contractualmente correspondan a la Entidad de crédito en orden a la modificación del tipo de interés pactado (...) o a la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados; el procedimiento a que deberán ajustarse tales modificaciones (...); y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación (...).*

e) *Los derechos del cliente en cuanto a posible reembolso anticipado de la operación.*

f) *Los demás que deban incluirse de acuerdo con la normativa específica de cada Entidad de crédito.”.*

también en el de las relaciones contractuales privadas³⁹⁵. Sustrayéndose estas materias, así, de su regulación por el Código Civil y el Código de Comercio, y demás leyes especiales complementarias; siendo reguladas por normas de rango inferior a la ley, de carácter reglamentario³⁹⁶.

2) Por otra parte, se produce una discordancia técnico-jurídica entre su eficacia administrativa y su eficacia contractual.

Las referidas normas reglamentarias tienen reconocida una eficacia puramente administrativa, pues su incumplimiento supone una infracción administrativa, y la aplicación de la oportuna sanción administrativa; pero no la nulidad de la cláusula o del contrato de que se trate, que continuaría siendo plenamente eficaz entre las partes contractuales³⁹⁷. Ello no es óbice para que, en caso de incumplimiento (p.ej. de la obligación del banco de entregar el documento escrito), pese a la validez del contrato, el cliente pueda reclamar (además de la entrega de dicho documento) el resarcimiento de daños y perjuicios por incumplimiento de dicha obligación.

La doctrina mayoritaria expresa que dichas disposiciones reglamentarias no son aptas para establecer un régimen contractual desde un ámbito jurídico-

³⁹⁵ Otro ejemplo de intervencionismo estatal en esta materia es la O.M. de 5 de mayo de 1994, igualmente en desarrollo del mencionado art. 48.2 LDIEC, con relación a los contratos sobre préstamos hipotecarios. Según SÁNCHEZ CALERO, esta Orden “ha optado por una irrupción directa de la normativa administrativa –en perjuicio de la libre autonomía de la voluntad– sobre el contenido de tales contratos (*vid.* art. 6.1 de la Orden en relación con su anexo II)” (SÁNCHEZ CALERO, F., «Condiciones generales...», cit., p. 317).

³⁹⁶ Como señala CUÑAT EDO, en “algunos supuestos esas normas pueden integrar el «orden público» y ser un límite a la libertad contractual, al amparo del art. 1255 CC” (CUÑAT EDO, V., «Las fuentes...», cit., pp. 606 y ss).

GARRIGUES ya aludía en 1975 a la limitación de la libertad contractual bancaria, ejercida a través de disposiciones administrativas protectoras del crédito y del ahorro. Y consideraba que esa normativa protectora estaba motivada por la falta de legislación especial sobre contratos bancarios, que “ha tenido como consecuencia que las relaciones entre el Banco y sus clientes se modelen a voluntad de los Bancos según sus propios usos y formularios, a los cuales se someten sin discusión los particulares” [GARRIGUES, J., *Contratos...*, cit., p. 14].

³⁹⁷ Esta discordancia es advertida ya en la Exposición de Motivos de la LCC, en el ámbito estricto del crédito al consumo, objeto de su regulación, cuando afirma: “*Las normas promulgadas en desarrollo de la Ley de intervención y disciplina de las entidades de crédito son de carácter administrativo y no afectan, por tanto, al régimen de las obligaciones y contratos, régimen que, como se ha expresado anteriormente, resulta afectado tanto por lo dispuesto en las Directivas comunitarias como por lo establecido en la presente Ley*”.

privado³⁹⁸. Pero, para solventar estas relevantes discrepancias, admite su eficacia contractual cuando dicho incumplimiento produzca la infracción de otras normas jurídicas³⁹⁹, ya que, se dice, ello tendrá como consecuencia la aplicación de una sanción administrativa a la entidad de crédito en cuestión, siendo beneficiaria de hecho de tal normativa la propia clientela⁴⁰⁰.

3) Por último, la ausencia de su sentido de ley en sentido formal⁴⁰¹.

Ello no es sino expresión de la falta de voluntad política por parte del poder legislativo en la regulación de los contratos bancarios⁴⁰², delegando su actuación en autoridades administrativas en el art. 48.2 LDIEC.

³⁹⁸ Por el contrario, VICENT CHULIÁ, se aproxima a las posiciones de ILLESCAS, y considera que “esta legislación especial constituye *Derecho privado de contratos*, porque regula relaciones *inter privados*” (VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, 14ª. ed., 2001, cit., p. 874).

³⁹⁹ Así, un sector doctrinal reconoce efectos jurídico-privados a las circulares del Banco de España, acudiendo a la integración que proporciona el art. 1255 CC (entre otros, ILLESCAS ORTIZ, R., «Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución», en *RDBB*, núm. 34, 1989, p. 272).

Vid., también, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La protección de la clientela en el ordenamiento sectorial de la Banca», en *RDBB*, núm. 46, 1992, pp. 409 y ss.

⁴⁰⁰ *Vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El Derecho de la competencia y la contratación bancaria», en *Seguridad jurídica y contratación mercantil* (coord. por NIETO CAROL, U.), Madrid, 1994, pp. 280-283.

⁴⁰¹ En este sentido, CUÑAT EDO señala que el incumplimiento de esta normativa sólo puede producir una infracción, y, en consecuencia, una sanción administrativa, pero no puede servir de fundamento a un recurso de casación, pues no es ley en sentido formal. También indica que la deslegalización administrativa no modifica el régimen contractual, por lo que es posible pactar un contenido obligacional distinto al previsto en las circulares, no siendo vulnerada ninguna norma con rango de ley [CUÑAT EDO, V., «Reflexiones sobre la deslegalización del régimen jurídico de la contratación privada», en *Las fuentes efectivas del Derecho español tras la Constitución de 1978* (coord. por FAJARDO, G.), Alzira, 1992, pp. 301 y ss.].

El Tribunal Supremo también niega la posibilidad de que la infracción de una circular del Banco de España pueda fundamentar un recurso de casación, pues considera que no tiene rango de ley ni es norma jurídico-sustantiva. P.ej., en la STS (Sala de lo Civil), de 11-7-1994 (Recurso núm. 2453/1991) (RJ 1994\6387) se afirma que “*la Circular del Banco de España que invoca el recurrente (cuyo contenido ni siquiera da a conocer), al no tener rango de ley, ni ser, por tanto, norma jurídico-sustantiva, no puede servir de soporte a un motivo casacional por infracción de ley*” (F.D.6º).

No obstante, posteriormente CUÑAT EDO puntualiza en estos términos: “Bien entendiendo la «ley» del art. 1255 CC en un sentido amplio y sin requerir su carácter formal, o bien integrándola en el concepto de «orden público», deberemos ofrecer eficacia contractual al contenido de la Orden Ministerial y la Circular, pues de lo contrario llegaríamos a la conclusión de que su contenido de regulación contractual resulta carente de eficacia en el ámbito sustantivo, salvo que se trate de relaciones de consumo, y sólo serviría al régimen reglamentario para imponer sanciones a quien lo infrinja con los pactos, pero el pacto prohibido surtiría plenos efectos” (CUÑAT EDO, V., «Las fuentes...», cit., pp. 620 y ss.).

⁴⁰² SÁNCHEZ CALERO habla de “*la desidia del legislador en esta materia*” (SÁNCHEZ CALERO, F., «Condiciones generales...», cit., p. 313).

Estos significativos inconvenientes, entendemos, vienen motivados por la inexistencia en nuestro país de una Ley de Contratos Bancarios, que solvente definitivamente estas importantes cuestiones (a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial), al modo que lo hizo la Ley de Contrato de Seguro⁴⁰³ en 1980, y, en menor medida, en cuanto a su regulación contractual, la Ley del Mercado de Valores de 1988⁴⁰⁴, que se plantean en uno de los más destacados sectores de la contratación mercantil. Considerar la eficacia contractual de las normas administrativas tuitivas del crédito bancario, como hace un sector doctrinal, es forzar una construcción jurídica, que, más bien, podríamos calificar de ficción jurídica, pese a su buena voluntad en evitar la desprotección de la clientela bancaria, pues dicha elaboración teórica se formula con postulados *a posteriori*, y no con carácter previo, a la aprobación de dichas disposiciones reglamentarias. Todo ello es consecuencia de la carencia de una norma legal específica, en el que las actuaciones de las partes intervinientes en la relación jurídica que se establezca estén perfectamente delimitadas “ab initio”, sirviendo de garantía de un importante sector jurídico y económico, como es el bancario; configurándose, así, un ámbito sustantivo propio, independiente del marco actual de las relaciones de disciplina bancaria, al que dichas normas reglamentarias están sujetas, lo que justifica, aún más, la necesidad de una Ley de la naturaleza que estamos examinando⁴⁰⁵.

c) Normativa aplicable.

⁴⁰³ Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE núm. 250, del 17).

⁴⁰⁴ Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE núm. 181, del 29; c.e. en BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1989, y BOE núm. 185, de 4 de agosto de 1989).

⁴⁰⁵ VICENT CHULIÁ, incidiendo en las normas de supervisión bancaria, opina, por su parte, que “las normas sobre información y protección de la clientela bancaria deben llevarse a una Ley sobre el crédito, siguiendo el modelo del *Testo Unico del Credito* italiano de 1993, que prevea un régimen adecuado de sanciones privadas y administrativas y su desarrollo reglamentario, tanto para los contratos bancarios en general como para los contratos de crédito a los consumidores” (VICENT CHULIÁ, F., «Condiciones generales...», cit., p. 62).

a') *Notas preliminares.*

Actualmente, ante la ausencia de una ley unitaria sobre contratación bancaria, las normas específicas sobre las condiciones generales de los contratos bancarios hay que referirlas, básicamente, a la LGDCU, la LCC y la LCGC⁴⁰⁶:

1) Por lo que respecta a la LGDCU, esta materia se concreta, en el ámbito contractual bancario, en los arts. 10 y 10 bis, y la D.A.1ª. LGDCU; preceptos que han sido objeto de modificación por la LCGC de 1998⁴⁰⁷.

2) En cuanto a la LCC, incorpora al Derecho interno español la Directiva 87/102/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, en materia de crédito al consumo⁴⁰⁸ (ha sido modificada por la Directiva 90/88/CEE, del Consejo, de 22 de febrero de 1990⁴⁰⁹). Inicialmente, se consideró que, en materia de crédito al consumo, gran parte de las exigencias armonizadoras de dicha Directiva se cumplían en la O.M. de 1989 y la CBE 8/1990⁴¹⁰; pero, posteriormente, se hizo necesaria la aprobación de la LCC de 1995, pues se comprobó la insuficiencia de dichas normas reglamentarias para abordar las cuestiones que los créditos al consumo se planteaban en la Directiva, y, consecuentemente, su necesaria adaptación en una norma de rango de Ley.

3) Por último, la LCGC regula, por primera vez en España, las condiciones generales de la contratación⁴¹¹, cuya definición tendremos ocasión de conocer a

⁴⁰⁶ La doctrina ha criticado que el legislador no haya regulado la protección de los consumidores y las condiciones generales de los contratos en una única ley. Entre ellos, BALLESTEROS GARRIDO, que afirma: "Lo que no tiene sentido alguno es regular por un lado los contratos celebrados con consumidores, estableciendo unos controles relativos a su inclusión en el contrato y a su contenido, que afectan a todas las cláusulas no negociadas, lo que se corresponde con el sistema francés o nórdico, y, por otro, regular las condiciones generales de la contratación utilizadas frente a todo adherente, lo que se corresponde con el alemán" (BALLESTEROS GARRIDO, J. A., «La Ley de Condiciones Generales de la Contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas», en *Act. Civ.*, núm. 20, 2000-2, pp. 747 y 748).

⁴⁰⁷ En su virtud, se da una nueva redacción al primero de los preceptos citados, y se introducen los dos restantes.

⁴⁰⁸ DOCE, Serie L, núm. 42, de 12 de febrero de 1987.

⁴⁰⁹ DOCE, Serie L, núm. 61, de 10 de marzo.

⁴¹⁰ Circular que fue modificada por la CBE 22/1992, la CBE 13/1993 y la CBE 5/1994.

⁴¹¹ Como normativa de desarrollo o complemento de la LCGC cabe señalar, entre otros, el R.D. 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de Contratación (BOE núm. 306, del 23), en desarrollo del art. 11 de la citada Ley; y el R.D. 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación

continuación⁴¹². E incorpora, también, a nuestro ordenamiento jurídico la normativa comunitaria en la materia; concretamente, la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores⁴¹³.

La LGDCU y la LCGC, aunque no se manifiesten expresamente, se han de interpretar de conformidad con la Directiva 93/13/CEE. Así, p.ej., *“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”* (art. 4.2 de la Directiva 93/13).

El examen conjunto de esta normativa nos permite realizar varias reflexiones:

telefónica o electrónica con condiciones generales, en desarrollo del artículo 5.3 LCGC (BOE núm. 313, del 31).

⁴¹² Para VICENT CHULIÁ, la LCGC constituye un hito histórico:

“1º. Establece un régimen común o unitario para las condiciones generales de los contratos civiles y mercantiles, contribuyendo a la unificación del Derecho Privado en materia de contratos (...).

2º. Incorpora la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas de los contratos celebrados con los consumidores (...), superando en parte las notables deficiencias de la LGDCU (que ya originó una jurisprudencia en esta materia).

3º. Ha promovido la renovación de la doctrina española sobre el Derecho de contratos, conectándola con el actual debate sobre la reforma y posible armonización del Derecho privado en la Unión Europea” (VICENT CHULIÁ, F., «Condiciones generales...», cit., pp. 70 y 72).

Pero considera que “la LCGC debe ser derogada y sustituida por otra Ley técnicamente correcta, que establezca el control de incorporación y de contenido para los contratos con condiciones generales de la contratación o cláusulas prerredactadas, tanto si el adherente es consumidor como si es un profesional, en la que figure la relación de cláusulas abusivas, aplicables a adherentes consumidores y no consumidores, con la pertinente distinción” (VICENT CHULIÁ, F., «Condiciones generales...», cit., p. 62).

⁴¹³ DOCE, Serie L, núm. 95, del 21.

Como se indica en el párr. 2º. del Preámbulo de la Exposición de Motivos de la LCGC, el legislador español ha optado por incorporar la Directiva 93/13/CEE, relativa a cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cinco años después de la aprobación de la Directiva, *“mediante una Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que, al mismo tiempo, a través de su disposición adicional primera, modifique el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”*.

1) Por un lado, estas leyes se configuran como normativa de protección del consumidor o usuario (bancario)⁴¹⁴.

En este sentido, el art. 1.1 LGDCU establece que “*en desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución, esta Ley tiene por objeto la defensa de los consumidores y usuarios, lo que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de principio general informador del ordenamiento jurídico (...)*”⁴¹⁵.

La misma modificación de la LGDCU por la LCGC es una manifestación de la preocupación existente sobre la protección del consumidor o usuario⁴¹⁶; pero también “*de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual*”, como afirma la Exposición de Motivos de esta última Ley.

2) Por otra parte, el legislador ha optado por una regulación general de las condiciones generales de los contratos, en una Ley especial.

Esta especialidad se predica sólo de la materia que regula, no de su contenido, pues, el carácter de generalidad, atribuible a toda Ley, en la LCGC tiene una especial significación, ya que se aplica a todos los sectores de la contratación, sin concretar ninguno en particular, salvo las exclusiones previstas en el art. 4 LCGC⁴¹⁷.

⁴¹⁴ Cuando el cliente bancario no tenga este carácter de consumidor o usuario, habrá que acudir a la integración del art. 1258 CC, en el que desempeñan un papel destacado los usos y la buena fe contractual.

⁴¹⁵ El Tribunal Constitucional ha fallado que el ap. 1 del art. 1 LGDCU no es de aplicación directa en las Comunidades Autónomas que hayan asumido la competencia plena sobre defensa de los consumidores y usuarios [STC (Pleno), de 26-1-1989 (BOE núm. 43 (suplemento), de 20 de febrero; Recursos de Inconstitucionalidad núms. 728/1984, 731/1984 y 735/1984 (acum.)) (RTC 1989\15)].

⁴¹⁶ La propia Exposición de Motivos de la LCGC señala que “*la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual*”.

⁴¹⁷ En su virtud: “*La presente Ley no se aplicará a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios.*

Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes”.

En lo que respecta al ámbito estrictamente bancario, el legislador ha eludido la inclusión de las condiciones generales de los contratos bancarios dentro del régimen jurídico general de los contratos⁴¹⁸: Y, por tanto, esta modalidad de condiciones generales adoptará el régimen general establecido en la LCGC.

Ello no impide, entendemos, la posibilidad de una tercera vía (distinta a las de subsunción en el régimen general de los contratos o en el propio de la LCGC), consistente en la elaboración de normas especiales en materia de condiciones generales de la contratación bancaria, *complementarias* de la LCGC, ésta como normativa general, y compatible con el régimen jurídico vigente. Lo cual viene motivado por la variedad y complejidad de los contratos bancarios, así como por su duración y por el carácter *intuitu personae* con el que son creados⁴¹⁹.

3) Por último, ante la ausencia de una normativa específica en materia de condiciones generales de los contratos bancarios, se plantea la conveniencia o no de la existencia de unas condiciones generales uniformes, en lugar de las condiciones generales redactadas por cada entidad de crédito en particular⁴²⁰.

⁴¹⁸ Esta opción es la que proponen los *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, elaborados por UNIDROIT (vid. arts. 2.19 a 2.22, en UNIDROIT, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma, 1995, pp. 59-67); y es la que se ha seguido en Holanda, que ha insertado el régimen de las condiciones generales de los contratos bancarios en la parte general de los contratos contenida en su Código Civil.

⁴¹⁹ Esta posibilidad ya fue planteada por SÁNCHEZ CALERO un par de años antes de aprobarse la LCGC: “Las características específicas de los contratos bancarios (...) requieren un régimen propio de las condiciones generales, que habrá de modificar y completar la eventual normativa que con carácter general las regule” (SÁNCHEZ CALERO, F., «Condiciones generales...», cit., p. 327).

Más recientemente, tras seis años de experiencia de la Ley, MARTÍNEZ DE SALAZAR opina que “resulta perentorio una verdadera regulación de las condiciones generales en el sector bancario, porque la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre Condiciones Generales de la Contratación*, debido a su generalidad, a su falta de concreción y a su carácter multidisciplinar, no ha podido colmar esta necesidad” (MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., «Cláusulas de vencimiento anticipado y cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en los contratos bancarios concluidos mediante condiciones generales», en *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias* (dir. por CUÑAT EDO, V.), Estudios de Derecho Judicial, núm. 55, Consejo General del Poder Judicial / Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004, p. 154).

⁴²⁰ La uniformidad de estas condiciones generales viene dada por ser elaborada por la correspondiente entidad representativa de los bancos (en España, de practicarse esta labor, recaería en la A.E.B.), previa consulta con los organismos de representación de los consumidores y usuarios bancarios (p.ej. Asociaciones de consumidores y usuarios,

Su principal ventaja, como demuestra la experiencia comparada, es que mejora la transparencia del mercado, mediante la comparación de las prestaciones de los servicios de las diferentes entidades de crédito. Ello redonda en la propia seguridad jurídica de la contratación bancaria, pues permite al cliente bancario un exacto conocimiento de sus derechos y obligaciones frente al banco.

No obstante, este sistema tiene varios inconvenientes:

- Por un lado, la falta de obligatoriedad de dichas condiciones generales uniformes para los clientes, aunque sean utilizadas por la práctica totalidad de los bancos y, en su caso, de las distintas clases de entidades de crédito. Los clientes sólo quedarán sujetos a dichas condiciones contractuales en cuanto las acepte en el documento contractual que firme con su entidad de crédito, pues lo que caracteriza la relación bancaria, no lo olvidemos, es el carácter *intuitu personae* de su constitución.
- Por otro lado, la existencia de varias clases de entidades de crédito determina que se confeccionen también una diversidad de condiciones generales uniformes (así, p.ej., en Alemania, las cajas de ahorros disponen de sus propias condiciones generales uniformes, distintas a las de los bancos).

Esta uniformidad suscita también la cuestión de su compatibilidad con las normas de la defensa de la competencia⁴²¹. En principio, es admisible dicha

Asociaciones empresariales, etc.) y bajo la supervisión del correspondiente Banco Central nacional; siendo revisadas periódicamente, con el objetivo de adaptarlas a las exigencias del tráfico mercantil, en cuyo caso, se realizan las modificaciones que sean oportunas.

Gozan de gran predicamento en Italia, Francia y, sobre todo, Alemania.

A finales de la década de los cincuenta del s. XX, la Asociación de Banca Italiana elaboró la *Norma Bancaria Uniforme*, posteriormente completada, y que ha sido adoptada por la casi totalidad de los bancos italianos. Esta *Norma Uniforme* nació con el claro objetivo de regular determinados contratos bancarios tipos, y actualmente se configura como el principal marco de regulación de las relaciones entre los bancos y sus clientes.

Por su parte, en Alemania, estas condiciones generales normalizadas fueron redactadas por primera vez en 1937. Actualmente, están en vigor, desde el 1 de enero de 1993, las reformadas "Condiciones generales de negocios de los Bancos Privados Alemanes" (AGB/Banken), elaboradas por la Asociación Federal de Banca Alemana, y dirigidas a los bancos afiliados a ella, pero redactadas con un lenguaje sencillo que facilite su entendimiento por el cliente medio.

⁴²¹ En caso de que pudiesen existir en España estas condiciones generales uniformes, se plantea en la doctrina si no se produciría una vulneración de la prohibición genérica contenida en el art. 1 LDC, según el cual "*se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del*

conurrencia⁴²², aunque estas condiciones generales uniformes introduzcan rigideces en el mercado bancario, siempre que las mismas cumplan varios requisitos: 1) que los usuarios bancarios tengan una participación directa en su elaboración; 2) que se establezcan con el objetivo principal de facilitar la transparencia de las operaciones bancarias, lo que exige que sean redactadas con claridad y sencillez tanto en el momento de formalizar el contrato con el cliente, como durante su ejecución; y 3) que puedan ser completadas con las condiciones especiales (según la modalidad de contrato) y particulares que se pacten con el cliente.

mercado nacional (...). Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El Derecho de la competencia...», cit., pp. 279-283, y 293-295.

En el sector bancario, de ser afirmativa la respuesta a tal cuestión, se haría conveniente, entonces, la declaración, por Ley, de la exoneración de nulidad (ineficacia prevista en el art. 1.2 LDC) de tales condiciones generales bancarias uniformes, en los términos previstos en el art. 2 LDC, cuyo ap. 1 establece que “*sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley (...)*”. Lo cual supone una opción de política legislativa en materia de condiciones generales de la contratación, si se consideran necesarias para el buen funcionamiento del sistema financiero, o bien para garantizar la solvencia de las entidades de crédito, o la protección de la clientela bancaria.

⁴²² El TJCE se ha manifestado, a propósito de una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Europea, de 25-3-1957, respecto a determinadas condiciones bancarias uniformes («Norme bancaire uniforme») impuestas por la Associazione Bancaria Italiana a sus miembros para la celebración de contratos relativos a la apertura de crédito en cuenta corriente y al afianzamiento general.

El art. 85 del Tratado de la CE prohíbe todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas contrarias a la competencia dentro del mercado común. Por su parte, el art. 86 del Tratado de la CE prohíbe la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

El Tribunal comunitario ha declarado en la STJCE (Sala Sexta), de 21-1-1999 [Cuestión prejudicial, Asuntos C-215/1996 y C-216-1996 (acum.) (*Carlo Bagnasco y otros c. Banca Popolare di Novara soc. coop. arl («BPN»)* (Asunto C-215/1996) y *Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA («CARIGE»)* (Asunto C-216/1996)] (TJCE 1999\3), *in fine*:

“1) Las condiciones bancarias uniformes, por cuanto permiten a los bancos, en los contratos relativos a la apertura de crédito en cuenta corriente, modificar en cualquier momento el tipo de interés según las variaciones producidas en el mercado monetario, y ello, a través de una comunicación expuesta en sus locales o en la forma que consideren más adecuada, no tienen por objeto o por efecto restringir la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE.

2) Las condiciones bancarias uniformes relativas al afianzamiento general que debe garantizar la apertura de un crédito en cuenta corriente y por las que se establecen excepciones al Derecho común en materia de afianzamiento, como en el asunto principal, no pueden, en su conjunto, afectar al comercio entre los Estados miembros en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE.

3) La aplicación de dichas condiciones bancarias uniformes no constituye una explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado CE”.

b') *Ámbito de aplicación.*

a") *Ámbito objetivo.*

a"') *En la LGDCU y en la LCGC.*

El actual art. 10 LGDCU, en la nueva redacción dada por la D.A.1ª, ap. 2, de la LCGC, suprime el requisito de generalidad de las cláusulas, lo que, por el contrario, por definición, sí exige la LCGC⁴²³. Ello significa ampliar el ámbito objetivo de aplicación de la LGDCU a cualquier cláusula, siempre que haya sido redactada unilateralmente, con carácter previo, e impuesta por la voluntad predisponente de una de las partes contractuales sobre la otra, sin que haya el menor espacio para la negociación individual⁴²⁴. No obstante, el ap. 3 del art. 10 LGDCU establece que *“si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de ésta”*.

En este sentido, el art. 1.1 LCGC define a las condiciones generales de la contratación como *“las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras*

⁴²³ El antiguo art. 10.2 LGDCU, en su redacción original, definía las condiciones generales de los contratos (también las denominaba como cláusulas o estipulaciones de carácter general) como *“el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate”*. Al respecto, MONTÉS RODRÍGUEZ señala que *“el concepto legal partía de varias premisas: la prerredacción, la aplicación general y su imposición al consumidor o usuario contratante”* (MONTÉS RODRÍGUEZ, M^a. PILAR, «Las condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios», en *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria* (dir. por CUÑAT EDO, V. / BALLARÍN HERNÁNDEZ, R.), 2ª. ed., Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 91).

⁴²⁴ El art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE considera que una cláusula no se ha negociado individualmente *“cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”*.

circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”⁴²⁵.

Como señala su Exposición de Motivos se pretende distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación⁴²⁶:

1) Una cláusula es condición general cuando está predispuesta⁴²⁷ e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva.

2) Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

El art. 4 LCGC excluye de su ámbito de aplicación (objetivo):

1) “A los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios”. La Exposición de Motivos de la Ley esgrime, como motivos de exclusión de estos contratos, sus características específicas, la materia que tratan y la alienidad de la idea de predisposición contractual.

2) La Ley, siguiendo el criterio de la Directiva 93/13/CEE, tampoco será de aplicación “a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los

⁴²⁵ La Audiencia Provincial de Madrid declara que una cláusula es condición general “cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes” [SAP de Madrid (Sección 13ª.), de 10-12-2002 (Recurso de Apelación núm. 276/2001) (JUR 2003\126808), F.D.4º.].

⁴²⁶ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al art. 1 LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Pamplona, 1999, pp. 23 y ss.; y LETE ACHIRICA, J., «Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociones que conviene distinguir», en *Act. Civ.*, núm. 17, 2000-2, p. 639.

⁴²⁷ La Audiencia Provincial de Baleares, a propósito de la declaración de la nulidad, por ser una cláusula abusiva, de la condición general por la que se establece la cláusula de redondeo al alza en los contratos de préstamos hipotecarios a tipo de interés variable formalizados con consumidores, ha indicado, siguiendo la mejor doctrina, que las cláusulas predispuestas son aquellas que “están redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas”; añadiendo que las cláusulas impuestas son las que “que el consumidor o usuario no las puede evitar si quiere obtener el bien o servicio de que se trate” [SAP de Baleares (Sección 5ª.), de 17-3-2003 (Recurso de Apelación núm. 63/2003) (AC 2003\1624), F.D.3º.].

principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes”.

Conforme al criterio del considerando décimo de dicha Directiva, todos estos supuestos de exclusión deben entenderse referidos no sólo al ámbito de las condiciones generales, sino también al de cláusulas abusivas regulados en la LGDCU, que la LCGC modifica.

b”’) Examen particular de la LCC.

1º. **Ámbito de la Ley y exclusiones.**

Por lo que respecta a la LCC, en el art. 1 establece su ***ámbito de aplicación*** a los contratos en que un empresario, sea una persona física o jurídica, en el ejercicio de su actividad, profesión u oficio, *“concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación, para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional”*⁴²⁸. Por tanto, la LCC⁴²⁹ se aplica a cualquier contrato, no sólo a los

⁴²⁸ La Ley asimila a empresario a quien dirige una actividad, desarrolla una profesión u oficio.

Asimismo, en este precepto, se contempla tanto los supuestos de concesión de crédito como de compromiso de la misma (es decir, la oferta de crédito vinculante, regulada en el art. 16 LCC).

También se distingue, como modalidades de crédito, el pago aplazado, el préstamo, la apertura de crédito y cualquier medio equivalente de financiación (aquí se deja abierta otras fórmulas de financiación, sean contractuales o no contractuales, como p.ej., entre estas últimas, las letras de cambio y los pagarés).

La finalidad que ha de perseguir dicho crédito, según la citada norma, ha de ser la satisfacción de *“necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional”*; de forma que se excluyen el supuesto de “necesidades” originadas por la actividad empresarial o profesional del consumidor. Como vimos, la LCC sólo contempla a la persona física (nunca a la persona jurídica), como consumidor.

⁴²⁹ El art. 3 LCC atribuye carácter imperativo a sus normas, cuando dispone que *“no serán válidos, y se tendrán por no puestos, los pactos, cláusulas y condiciones establecidos por el*

de tipo bancario, en que se conceda un crédito⁴³⁰, dirigido a financiar operaciones de consumo.

Por otra parte, el art. 2 LCC contempla expresamente varios tipos de *exclusión* del mencionado ámbito de aplicación de la Ley (art. 1 LCC); pudiéndose diferenciar entre supuestos de exclusión total (previstos en el art. 2.1 LCC), y parcial (el recogido en el art. 2.2 LCC). Igualmente, este ámbito de aplicación es objeto de excepción en el art. 1.3 LCC, motivo por el que se añade a dicho régimen de exclusión. Por tanto, los supuestos de exclusión de la referida Ley son:

1) Por no considerarse contrato de crédito.

El art. 1.3 LCC exceptúa de su regulación aquellos créditos “*que consistan en la prestación de servicios, privados o públicos, con un carácter de continuidad, y en los que asista al consumidor el derecho a pagar tales servicios a plazos durante el período de su duración*”.

2) Por la cuantía del crédito [párr. a), del art. 2.1 LCC]⁴³¹.

El principal inconveniente de la LCC es la reducción de su ámbito de aplicación sólo a los contratos cuyo importe varía entre 150 y 20.000 euros. “*A los superiores a 20.000 euros tan sólo (dice la norma) les será de aplicación lo dispuesto en el Capítulo III de esta Ley*”⁴³²: así, tratándose de créditos cuyo

concedente del crédito y el consumidor contrarios a lo dispuesto en la presente Ley, salvo que sean más beneficiosos para éste”. Tratándose de un mayor beneficio para el consumidor, la propia norma se excepciona, permitiéndose la aplicación de normas dispositivas.

En virtud del art. 4 LCC, “*será competente para el conocimiento de las acciones derivadas de la presente Ley y de los contratos sujetos a ella el Juez del domicilio del consumidor*”. Del tenor de dicho precepto, se desprende que dichas acciones pueden ser de tipo civil y penal, con el fin de evitar posibles indefensiones o dificultades en la defensa del consumidor.

⁴³⁰ El concepto de “crédito” es utilizado en la Ley con un carácter genérico, no específico, englobando, asimismo, dos clases de créditos:

- 1) el concedido por una persona proveedora de bienes y servicios; y
- 2) el concedido por una entidad financiera a un particular en la adquisición de dichos bienes y servicios.

⁴³¹ El párr. a) del art. 2.1 LCC ha sido objeto de nueva redacción, dada por el art. 134.1 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE núm. 313, del 31; rect. en BOE núm. 3, de 3 de enero de 2004, y BOE núm. 79, de 1 de abril de 2004), consistente meramente en la modificación de las cuantías de pesetas a euros.

⁴³² La norma referida entiende “*como única la cuantía de un mismo crédito, aunque aparezca distribuida en contratos diferentes, celebrados entre las mismas partes y para la adquisición de*

importe sea superior a 20.000 euros, la oferta de crédito se entregará por escrito, si lo solicita el consumidor, siendo vinculante (art. 16); también la publicidad deberá mencionar el coste total del crédito y la tasa anual equivalente, TAE en adelante (arts. 17 y 18 LCC)⁴³³; y se informará al consumidor sobre los anticipos en descubiertos en cuentas corrientes bancarias (art. 19 LCC).

3) Por la modalidad y plazos de pago [párr. b), del art. 2.1 LCC].

Se contempla como supuesto de exclusión aquél en el que se pacte que el consumidor deba reembolsar el crédito, en alguna de las dos siguientes modalidades: 1) *“un único plazo que no rebase los tres meses”*; o bien 2) *“en cuatro plazos, como máximo, dentro de un período que no supere los doce meses”*.

4) Los créditos en cuenta corriente, concedidos por una entidad de crédito, que no sean cuentas de tarjeta de crédito [párr. c), del art. 2.1 LCC].

Estas operaciones quedan sometidas, por mandato de la norma, a lo dispuesto en el art. 19 LCC, relativo a la información al consumidor sobre los anticipos en descubiertos.

5) Por su gratuidad, o por el reembolso único por importe superior al del crédito concedido sin fijarse interés en el contrato [párr. d), del art. 2.1 LCC]⁴³⁴.

En su virtud, *“los contratos en los que el crédito concedido sea gratuito, o en los que, sin fijarse interés, el consumidor se obligue a reembolsar de una sola vez un importe determinado superior al del crédito concedido”*.

6) Los créditos con hipoteca inmobiliaria [art. 2.2 LCC].

un mismo bien o servicio, aun cuando los créditos hayan sido concedidos por diferentes miembros de una agrupación, tenga ésta o no personalidad jurídica”.

⁴³³ En virtud de su D.A. Única, añadida por el art. 11.2 de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, sobre transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (BOE núm. 259, del 29), *“la indicación de la tasa anual equivalente será obligatoria, en los términos previstos en la presente Ley, no sólo cuando el préstamo es concedido por una entidad financiera o empresario español, sino cuando el concedente es una entidad extranjera, siempre que el contrato esté sometido a la legislación española o presente un punto de conexión con ella o con la legislación de otro Estado de la Unión Europea”*.

⁴³⁴ El párr. d) del art. 2.1 LCC ha sido objeto de nueva redacción, dada por el art. 134.1 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. En su virtud, se adiciona al texto originario el siguiente párrafo: *“En el caso de servicios de tracto sucesivo y prestación continuada, no se considerarán gratuitos aquellos créditos en los que, aunque la tasa anual equivalente, definida en los términos del artículo 18 de esta Ley, sea igual a cero, su concesión conlleve algún tipo de retribución por parte del proveedor de los servicios al empresario prestamista”*.

En este supuesto, la norma establece que no se aplicarán las disposiciones de los arts. 6 a 14 y 19 LCC⁴³⁵. Por tanto, el resto del articulado de la Ley sí le será de aplicación.

2º. Análisis de supuestos problemáticos.

En la financiación de la adquisición de bienes y servicios, esto es en el seno de operaciones de crédito al consumo, se presentan tres supuestos problemáticos, contemplados expresamente en la LCC⁴³⁶: a) la cesión de créditos por el proveedor, frente al consumidor; b) la utilización de instrumentos cambiarios; y c) la vinculación de los contratos de financiación y de prestación de bienes o servicios.

1) La cesión de créditos por el proveedor, frente al consumidor.

El art. 11 LCC soluciona el problema que plantea el consentimiento, expreso o tácito, del deudor a la cesión de créditos, regulando las excepciones oponibles. En su virtud, *“cuando el concedente de un crédito ceda sus derechos a un tercero, el consumidor tendrá derecho a oponer contra el tercero las mismas excepciones que le hubieren correspondido contra el acreedor originario, incluida, en su caso, la de compensación, conforme al artículo 1198 del Código Civil”*.

El postulado de la norma es una concreción en el ámbito del crédito al consumo de la doctrina tradicional sobre la cesión de créditos, según la cual se produce una modificación subjetiva de la relación obligatoria en la parte acreedora, pero no en la deudora; no requiriéndose ni el consentimiento del deudor ni su intervención. De forma que el consumidor-deudor puede seguir

⁴³⁵ Vid. la Ley 2/1994 y la O.M. de 5 de mayo de 1994.

⁴³⁶ Diferenciación que es advertida por GONZÁLEZ CASTILLA (*vid.* GONZÁLEZ CASTILLA, F., «La protección del consumidor de crédito en los contratos vinculados», en *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias* (dir. por CUÑAT EDO, V.), Estudios de Derecho Judicial, núm. 55, Consejo General del Poder Judicial / Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004, pp. 26 y ss.).

oponiendo las mismas excepciones que tenía frente al cedente, tanto de carácter objetivo (falta de vencimiento de la obligación, inexistencia del negocio constitutivo, prescripción de la deuda, pago al acreedor, etc.) como las de carácter personal derivadas de la relación subyacente (p.ej. incumplimiento de la prestación principal por la otra parte).

No obstante, dado que dicha cesión no podrá producir un agravamiento de las condiciones pactadas, entiendo que el tenor de este art. 11 LCC será igualmente aplicable cuando el deudor no ha prestado dicho consentimiento⁴³⁷.

2) La utilización de instrumentos cambiarios, tales como letras o pagarés.

GONZÁLEZ CASTILLA advierte que el consumidor de crédito firmante de los títulos cambiarios no queda protegido en dos situaciones: “el caso de letras giradas en el marco de ventas a plazos que luego sean descontadas a una entidad financiera; y el caso de contratos de financiación en los que el Banco tomador del título ceda posteriormente a otra entidad de crédito los efectos mediante endoso”⁴³⁸.

En cuanto al primer caso, habrían letras con distintos plazos, aceptadas por el consumidor y libradas a la propia orden del vendedor. Este supuesto no está previsto en la LCC, por lo que el deudor sólo podrá oponer el incumplimiento de la relación causal, si la entidad financiera conocía el incumplimiento del vendedor cuando formalizó el descuento, y actuó a sabiendas en perjuicio del deudor.

Respecto al segundo caso, entiende que quedaría cubierto quizá por la llamada “excepción del tráfico”; construcción doctrinal según la cual en este endoso no existe auténtico negocio de tráfico, pues la letra no se adquiere en

⁴³⁷ En este sentido, para ESCUIN IBÁÑEZ, en caso de no prestar consentimiento el deudor, serán nulas, tanto por el carácter de normas de *ius cogens* (art. 3 LCC) de los preceptos de la LCC, como por considerarse abusivas las cláusulas pactadas cuando se libere de responsabilidad al cedente por la cesión del contrato a tercero, y se provoque la pérdida de las garantías del consumidor, o la privación o restricción del ejercicio de las facultades de compensación de créditos (D.A.1ª, cláusulas 10ª. y 11ª., de la LGDCU, en la nueva redacción dada por la D.A.1ª, ap. seis, de la LCGC) (ESCUIN IBÁÑEZ, I., *Las adquisiciones financiadas en el crédito al consumo*, Granada, 2002, p. 67 y 68.

⁴³⁸ GONZÁLEZ CASTILLA, F., «La protección...», cit., p. 33.

provecho propio sino en función de las relaciones previas de colaboración con el proveedor.

Inciendo en este supuesto, se puede afirmar que el art. 12 LCC no ofrece una protección completa al consumidor, que la norma abarca también a su avalista, al establecer: *“Cuando en la adquisición de bienes o servicios concurren las circunstancias previstas en las letras a), b) y c) del apartado 1 del artículo 15, si el consumidor y su garante se hubieran obligado cambiariamente mediante la firma en letras de cambio o pagarés, podrán oponer al tenedor, al que afecten las mencionadas circunstancias del artículo 15, las excepciones que se basen en sus relaciones con el proveedor de los bienes o servicios correspondientes”*⁴³⁹.

3) La vinculación de los contratos de financiación y de prestación de bienes o servicios:

Este supuesto se plantea cuando “el proveedor de unos bienes o servicios dirige a su clientela necesitada de crédito hacia una determinada entidad financiera con la que tiene algún tipo de acuerdo de colaboración. En este caso el consumidor suscribirá dos contratos distintos, uno con la entidad de crédito y otro con el prestador de los servicios”⁴⁴⁰. El problema surge si se produce un incumplimiento del vendedor, dado el principio de relatividad de los contratos, según el cual las vicisitudes de uno de los contratos vinculados no afectan a las vicisitudes del otro.

Para afrontar estos inconvenientes, el art. 11.1 de la Directiva 87/102/CEE determina que *“los Estados miembros garantizarán que la existencia de un*

⁴³⁹ En efecto, su ámbito de protección es limitado, por varias razones:

a) el precepto sólo es aplicable a las letras de cambio y a los pagarés, como instrumentos de crédito; no contemplando a los cheques, al ser títulos de pago;

b) se limita a remitirse al art. 15 LCC (relativo a los contratos vinculados), el cual reconoce la oposición de acciones personales respecto al tenedor, debiendo de cumplirse las circunstancias previstas en éste; y

c) por último, sólo puede oponerse frente al tenedor.

Vid. SÁNCHEZ LERMA, G. A., «Los instrumentos cambiarios y la defensa de los consumidores: el art. 12 de la Ley de Crédito al Consumo», en *Act. Civ.*, núm. 16, 1997, pp. 343 y ss.

⁴⁴⁰ GONZÁLEZ CASTILLA, F., «La protección...», cit., p. 34.

contrato de crédito no afecte en modo alguno los derechos del consumidor frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante dichos contratos, cuando los bienes o servicios no se suministren o no sean conformes al contrato de suministro”.

Este principio de protección fue objeto de transposición en la LCC. Así es, el art. 15 LCC protege por primera vez al consumidor frente al empresario que hubiera concedido el crédito para adquirir bienes o servicios, facultándole para ejercitar los mismos derechos que le correspondan frente al proveedor, siempre que concurren **todos** los requisitos establecidos en dicho precepto⁴⁴¹.

No obstante, se critica que en esta Ley no se defina la vinculación de los contratos implicados⁴⁴².

b”) *Ámbito subjetivo.*

a”’) *Concepto de consumidor o usuario bancario.*

El art. 1, ap. 2, LGDCU, da un concepto genérico de consumidores o usuarios, en sentido positivo, como “*las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o*

⁴⁴¹ Son los siguientes requisitos:

“a) Que el consumidor, para la adquisición de los bienes o servicios, haya concertado un contrato de concesión de crédito con un empresario distinto del proveedor de aquéllos.

b) Que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste (...).

c) Que el consumidor haya obtenido el crédito en aplicación de acuerdo previo mencionado anteriormente.

d) Que los bienes o servicios objeto del contrato no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conforme a lo pactado en el contrato.

e) Que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho”.

⁴⁴² Vid. MARÍN LÓPEZ, M. J., *La compraventa financiada de bienes de consumo*, Pamplona, 2000, p. 139. Quien distingue en la LCC dos supuestos de vinculación: el de un contrato de compraventa vinculado al de crédito (art. 14.1 LCC) y el de un contrato de crédito vinculado a la compraventa (arts. 12, 14.2 y 15 LCC).

*inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden*⁴⁴³. En esta definición legal está comprendida tanto el consumidor jurídico como el material, pero, como señala ALBERTO BERCOVITZ, “para determinar los derechos ejercitables por uno u otro habrá que atender a la regulación legal de cada derecho”⁴⁴⁴; asimismo, el referido precepto abarca en la definición de consumidor tanto a las personas físicas como jurídicas, lo que ha sido discutido entre la doctrina científica⁴⁴⁵.

Por su parte, el art. 1, ap. 2, de la LCC, entiende por consumidor, a los efectos de esta Ley, exclusivamente “a la **persona física** que, en las relaciones contractuales que en ella se regulan, actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional”⁴⁴⁶. Este precepto acoge una definición de consumidor que se adapta a lo establecido en el ap. a) del art. 1.2 de la Directiva 87/102/CEE, según el cual se entiende por consumidor a “la **persona física** que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión”.

La LCGC no introduce novedades en el concepto legal de consumidor o usuario, si bien el art. 2 restringe su ámbito de aplicación “a los contratos que

⁴⁴³ Por su parte, el ap. 3 excluye de la consideración de consumidores y usuarios a “*quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*”.

⁴⁴⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Comentario al art. 1 LGDCU», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coord. por BERCOVITZ, R. / SALAS, J.), Madrid, 1992, p. 37.

⁴⁴⁵ NIETO CAROL analiza los distintos criterios adoptados por las Audiencias Provinciales en la consideración de los empresarios como consumidores. Y considera que si bien es claro que el consumidor está más necesitado de protección que el empresario, éste también se encuentra, con independencia de los medios económicos y organizativos de que disponga, en una situación de inferioridad funcional frente al que le impone el clausulado general, siendo esta inferioridad que puede acarrear abuso la que es por sí digna de protección (NIETO CAROL, U., «Contratos de adhesión...», cit., pp. 24 y 25).

⁴⁴⁶ Por tanto, a diferencia del art. 1.2 LGDCU, que engloba en el concepto de consumidor o usuario, a las personas físicas o jurídicas, en el art. 1.2 LCC sólo se admite como consumidor de crédito a las personas físicas.

contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica –adherente-“ (ap. 1).

Y, a continuación, entiende por profesional, a los efectos de esta Ley, “*a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada*” (ap. 2). Definición, ésta, que se transcribe en la D.A.1ª., *in fine*, de la LGDCU (añadida por la D.A.1ª., ap. seis, de la LCGC), que entiende por profesional, a los efectos de esta D.A.1ª., como “*la persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional, ya sea pública o privada*”.

Por último, la norma añade que “*el adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad*” (ap. 3)⁴⁴⁷.

En resumen, en el art. 2 LCGC, el **predisponente**, al que se refiere, ha de ser siempre un “profesional”, concepto que comprende tanto a los empresarios (mercantiles y civiles) como a los profesionales titulados (incluyéndose también a los Notarios y los Registradores)

El problema se plantea en torno al término “**adherente**”:

1) Por un lado, se plantea si la LCGC resulta igualmente aplicable a los contratos celebrados entre profesionales o empresarios; es decir, si en esta Ley el adherente puede ser un no consumidor (empresario o profesional).

La cuestión se plantea porque no hay ninguna norma expresa al respecto en el articulado de la Ley, que prevea este supuesto, pese a que se contemple expresamente en el párrafo 8º. de su Preámbulo⁴⁴⁸, a propósito de la declaración

⁴⁴⁷ En el Preámbulo de su Exposición de Motivos se señala que “*de conformidad con la Directiva (93/13/CEE) transpuesta, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*”.

Más explícitamente, el ap. b) del art. 2.3 de la citada Directiva 93/13/CEE da una definición restringida de consumidor como “*toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*”. Por su parte, el ap. c) de dicho artículo entiende por profesional a “*toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada*”.

⁴⁴⁸ Según su tenor literal: “*Nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios*”. Aunque, a continuación, añade: “**Pero**

judicial de nulidad de una condición general abusiva, por lo que, para un sector doctrinal, la LCGC es incongruente en este punto⁴⁴⁹, siendo criticada por la doctrina general esta omisión del legislador; tampoco en el art. 8.1 LCGC, como veremos en el ap. III.-C.-e)a’), cuando examinemos las infracciones de esta Ley, se recoge esta posibilidad. Sin embargo, como expondremos entonces, no hay que olvidar el carácter general de la LCGC, y que el ap. 3 del art. 1 reconoce expresamente que el adherente puede ser también un profesional.

- La cuestión se complica en el art. 8.2 LCGC, siguiendo el espíritu del párrafo 9º. del Preámbulo de la Ley⁴⁵⁰, a propósito de la declaración de nulidad de pleno derecho de las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, que establece: *“En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”*.

De esta forma, según dice un sector doctrinal, ello supone la exclusión implícita a los no consumidores del ámbito de aplicación de las cláusulas contractuales abusivas contenidas en la D.A.1ª. de la LGDCU, introducida por la LCGC, sosteniéndose que sólo cuando exista un consumidor frente a un

habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas”.

⁴⁴⁹ Incongruencia advertida por PAGADOR LÓPEZ, «La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación», en *DN*, núm. 97, 1998, p. 15.

Sin embargo, en los sucesivos Anteproyectos de Ley de 1987, 1992 y en el último Anteproyecto sí se admitía la aplicación de esta Ley a todas las condiciones generales, relativas tanto a empresarios (en especial, los pequeños y medianos empresarios) como a consumidores. Pero, finalmente, en el Congreso de los Diputados se impuso la observación al Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación planteada por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, que proponía la supresión del inciso final del art. 7.2 (*“aunque el adherente no sea consumidor”*), en el que se declaraba la nulidad de las cláusulas generales abusivas, ya que *“una excesiva extensión del manto protector de la Ley podría generar rigideces empresariales no deseadas”* (vid. MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., «Cláusulas...», cit., pp. 154 y ss.).

⁴⁵⁰ Se expresa así, a renglón seguido: *“En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley, en concreto en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ahora se introduce”*

profesional es cuando operan plenamente las cláusulas abusivas en el ámbito de la LGDCU⁴⁵¹.

Sin embargo, como expondremos, lo que sucede es que uno de los efectos indeseados de la LCGC es que se deja sin cobertura legal a los contratos celebrados entre empresarios o profesionales. Por ello, se hace necesaria una labor de integración judicial y de aplicación analógica de la D.A.1ª. de la LGDCU, cuando el adherente de una condición general sea un empresario o profesional frente a un predisponente que ostente una posición de predominio; de no hacerse así, se puede romper el justo equilibrio de las prestaciones de las partes. La disposición contenida en el art. 10.1.c) de la LGDCU, según la cual las cláusulas contractuales deberán cumplir el requisito de “*buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas*”, no puede entenderse exclusiva de la materia de consumo, sino que, por su transcendencia jurídica, desborda este ámbito jurídico, para configurarse como un principio general del derecho en materia de contratación, y, aplicable, en consecuencia, *también* entre empresarios o profesionales, cuando exista una posición de predominio de una parte contractual sobre la otra.

En el ámbito estrictamente bancario, MONTÉS RODRÍGUEZ, partiendo del concepto general del art. 1.2 LGDCU, define, específicamente, al consumidor o usuario bancario⁴⁵² como “la persona física o jurídica que

⁴⁵¹ La SAP de Madrid de 10-12-2002, cit., partiendo de que “*el concepto de condición general se puede dar tanto en las relaciones entre profesionales entre sí, como de estos con los consumidores*” (F.D.4º.), aclara, más adelante: “*Cuando la relación sea de un profesional frente a un consumidor opera la lista de cláusulas contractuales abusivas (...). Sin embargo, cuando la relación lo sea de profesionales entre sí el ámbito de aplicación se restringe, pues la condición general será abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, teniendo en cuenta las características específicas de la contratación entre empresas*”; por tanto, la empresa que contrata “*no puede acogerse a la lista de cláusulas contractuales abusivas relacionadas en la disposición adicional primera de la ley 26/1984*”, pues no tiene la condición de consumidor o usuario (F.D.5º.).

⁴⁵² Para RIVERO ALEMÁN, “la idea de actividad bancaria no es exclusiva de la prestación de servicios, supuesto en el que sería más procedente hablar de usuario que de consumidor. Ello es así porque, con independencia de que la entidad financiera sea cada vez más un agente directo en la transmisión de bienes, en los contratos de depósito y crédito se produce una enajenación, que no un servicio en sentido jurídico; actuación que es asimilable a la transmisión de productos

adquiere, utiliza o disfruta, como destinatario final, productos o servicios prestados por una entidad bancaria”⁴⁵³. Y afirma, basándose en esta definición que “no es posible incluir en el concepto de consumidor o usuario bancario ni a los profesionales (...) ni a los empresarios (...) que contraten con entidades bancarias en el ejercicio de su actividad en el tráfico mercantil”; y, en consecuencia, que “la ausencia entre sus partes contratantes de un consumidor o usuario impide su calificación como actos de consumo y la aplicación de la LGDCU”⁴⁵⁴. En definitiva, de este concepto quedan excluidos los empresarios y los profesionales que, en el ejercicio de su actividad, y no como meros destinatarios finales, contraten con una entidad de crédito.

No obstante, existe un sector doctrinal y jurisprudencial que sostiene que el art. 10 LGDCU es aplicable a todos los contratos que establezcan condiciones generales de la contratación, con independencia de los sujetos que contraten (p.ej. entre dos empresas)⁴⁵⁵. Particularmente, en materia de contratación bancaria, el Tribunal Supremo, hasta la aprobación de la LCGC, y dado el vacío legal, al respecto, sobre condiciones generales de la contratación, se pronuncia en muy pocas ocasiones sobre los contratos bancarios, siendo contrario a la aplicación del art. 1 (en sus aps. 2 y 3), de la LGDCU, y sí al art. 10 LGDCU.

y que da fundamento a que se hable de consumidor de productos y servicios bancarios, habida cuenta que, cada vez más, las entidades de crédito dirigen a su *clientela* ofertas de enajenación de bienes y no sólo de prestación de servicios” (RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*, Madrid, 1995, p. 125).

⁴⁵³ MONTÉS RODRÍGUEZ, M^a. PILAR, «Las condiciones generales...», cit., pp. 85 y 86.

⁴⁵⁴ MONTÉS RODRÍGUEZ, M^a. PILAR, «Las condiciones generales...», cit., pp. 87 y 91.

⁴⁵⁵ REVERTE NAVARRO señala que la LGDCU debió de tener en cuenta “no el carácter de consumidor o empresario sino la circunstancia de encontrarse sujeto a unas condiciones generales que puedan crear una situación de desprotección en aquel que contrata” [REVERTE NAVARRO, A., «Comentario al art. 1255 CC», en *Comentarios al Código Civil y legislaciones forales* (dir. por ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S.), t. XVII, vol. 1º-A, Madrid, 1993, p. 193].

b”’) *Concepto de entidad de crédito.*

El nacimiento de derechos y obligaciones recíprocos de la relación contractual bancaria justifica el examen, también, de las entidades de crédito como sujetos de dicha relación jurídica.

El concepto jurídico de entidad de crédito se expresa a través del examen conjunto y sistemático de las diversas operaciones que los Bancos ejercen como actividades propias, y que permite diferenciarlos como un tipo especial de empresas⁴⁵⁶.

Nuestro Código de Comercio no formula ningún concepto de Banco (o entidad de crédito), limitándose a enunciar las diferentes operaciones bancarias, según las diversas clases de Bancos que regula⁴⁵⁷. Con carácter previo, el art. 175 CCo. hace una catalogación de las operaciones bancarias en general, propias de las que titula como “Compañías de crédito”, a continuación de las Sociedades Anónimas, como una modalidad de éstas, que en la Exposición de Motivos se denominan “Sociedades especiales anónimas”.

La primera vez que se define en nuestro Derecho positivo el término de “Banco” es en el art. 37 LOB, de 31-12-1946, que establece: *“Ejercen el comercio de Banca las personas naturales o jurídicas que, con habitualidad y ánimo de lucro, reciben del público, en forma de depósito irregular o en otras análogas, fondos que aplican por cuenta propia a operaciones activas de crédito y a otras inversiones, con arreglo a las leyes y a los usos mercantiles, prestando, además, por regla general, a su clientela servicios de giro, transferencia, custodia, mediación y otros, en relación con los anteriores, propios de la comisión mercantil”*. En este concepto legal se pueden encontrar varias características jurídicas:

1) La habitualidad y el ánimo de lucro, que son elementos configuradores del Banco como sociedad mercantil.

⁴⁵⁶ En esta misma línea, el pfr. GARRIGUES define al Banco como “la empresa mercantil que tiene por objeto la mediación en las operaciones sobre dinero y sobre títulos” (GARRIGUES, J., *Contratos...*, cit., p. 21).

⁴⁵⁷ Así, distingue los Bancos de emisión y descuento (art. 177 y ss. CCo.), los Bancos de crédito territorial (art. 199 y ss. CCo.) y los Bancos agrícolas (art. 212 y ss. CCo.).

2) La descripción de las operaciones típicamente bancarias, sean, éstas, activas, pasivas (destacándose aquí el depósito irregular) o neutras (servicios de giro, transferencia, custodia, mediación y otros, como servicios bancarios propios de la comisión mercantil).

Posteriormente, el término “Banco” es ampliado al de “entidad de depósito” (abarcando a Bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito). Y este término es sustituido, después, por el de “entidad de crédito”, para comprender tanto a las entidades de crédito bancarias (también denominada “entidad de depósito”) como a las entidades de crédito no bancarias, pues el depósito ya no se presenta como la operación esencial de la actividad bancaria, ante la aparición de nuevos productos financieros de activo y pasivo⁴⁵⁸.

En estas circunstancias, el art. 1.1 del R.D.-Leg. 1298/1986, de 28 de junio, entiende por entidad de crédito (de acuerdo con la Directiva 2000/12/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio⁴⁵⁹):

a) *“Toda Empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza”*⁴⁶⁰.

b) *“Toda empresa o cualquier otra persona jurídica, distinta de la recogida en el párrafo a) anterior que emita medios de pago en forma de dinero electrónico”*⁴⁶¹.

El art. 1, ap. 2, del mismo R.D.-Leg. 1298/1986 (en la redacción del art. 21.Undécimo. de la LMRSF), conceptúa exclusivamente⁴⁶², como entidades

⁴⁵⁸ La O.M. de 1989 también amplía su regulación al conjunto de entidades de crédito, no sólo a las de depósito como se hacía en la O.M. de 3 de marzo de 1987, a la que deroga.

⁴⁵⁹ DOCE, Serie L, núm. 126, de 26 de mayo.

⁴⁶⁰ Art. 1.1, en la redacción dada por el art. 39.3 LDIEC. Este texto se mantiene íntegro en la nueva redacción realizada por el art. 21.Undécimo. de la LMRSF, aunque se expone como apartado a).

⁴⁶¹ Texto introducido por el art. 21.Undécimo. de la LMRSF.

de crédito, al Instituto de Crédito Oficial, así como a los bancos, las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorro, las cooperativas de crédito, los establecimientos financieros de crédito, y las entidades de dinero electrónico.

La redacción anterior a la realizada por la LMRSF fue introducida por imperativo del art. 5.primera. de la Ley 3/1994, desconociendo la categoría de las entidades de dinero electrónico⁴⁶³; y establecía que conservarían la condición de entidades de crédito, hasta el 31 de diciembre de 1996, las sociedades de crédito hipotecario, las entidades de financiación, las sociedades de arrendamiento financiero y las sociedades mediadoras del mercado de dinero.

Estas cuatro entidades son las antiguas “entidades de crédito de ámbito operativo limitado”⁴⁶⁴, las cuales se transformaron (excepto la última citada) el día 1-1-1997 en establecimientos financieros de crédito o en otro tipo de entidad de crédito, de conformidad con lo previsto en la D.A.1ª, ap. 6, de la Ley 3/1994, y la D.T.4ª. del R.D. 692/1996; de no ejercer esta opción, perderían su condición de entidades financieras, caducando su autorización y cancelándose de oficio su inscripción en el Registro del Banco de España (*vid.* art. 28 LDIEC).

⁴⁶² Por eso, no son entidades de crédito, p.ej., las sociedades de garantía recíproca, los establecimientos de cambio de moneda o las sociedades de tasación, aunque ello no impide que estén sometidas al registro, control e inspección del Banco de España.

⁴⁶³ El art. 21.Primero. de la LMRSF define a las entidades de dinero electrónico como aquellas entidades de crédito distintas de las definidas en el art. 1, ap. 1, párr. a), del R.D.-Leg. 1298/1986, cuya actividad principal, en los términos que reglamentariamente se determinen, consista en emitir medios de pago en forma de dinero electrónico. El dinero electrónico se define en el art. 21.Segundo. de la LMRSF como el valor monetario representado por un crédito exigible a su emisor: a) almacenado en un soporte electrónico; b) emitido al recibir fondos de un importe cuyo valor no será inferior al valor monetario emitido; c) aceptado como medio de pago por empresas distintas del emisor.

⁴⁶⁴ Las Entidades de Crédito de Ámbito Operativo Limitado fueron reguladas por el R.D. 771/1989, de 23 de junio (BOE núm. 152, del 27; c.e. en BOE núm. 172, de 20 de julio). Esta norma ha sido derogada expresamente por el R.D. 692/1996, de 26 de abril, cit. en el núm. Marginal 290, con efectos desde el día 1 de enero de 1997.

d) Requisitos.

a') Requisito de incorporación: su concreción en los requisitos de forma y entrega.

Este requisito se contempla en el art. 5 LCGC; así como en los aps. a) y b) del art. 10.1 LGDCU⁴⁶⁵, cuya texto se ha mantenido casi íntegramente, salvo pequeñas modificaciones, tras la nueva redacción dada por la LCGC. Y engloba también los requisitos de forma y entrega.

Por lo que respecta al requisito de incorporación, *stricto sensu*, el art. 5 LCGC establece en su ap. 1: “*Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas*”. A continuación, dispone que “*no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas*”; de forma que la norma vincula, a la plena validez de la incorporación de la condición general en cuestión, el cumplimiento de dos obligaciones por el predisponente, referidas al conocimiento de la existencia de dicha condición general por el adherente y a la entrega de un ejemplar del contrato a éste⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, en el análisis del art. 10.1, aps. a) y b), de la LGDCU, que realiza en 1991, varios años antes de la aprobación de la LCGC, se refiere a “requisitos de inclusión” (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, cit., pp. 191 y ss.).

⁴⁶⁶ En el ámbito de la LGDCU, la entrega se configura como un derecho del consumidor o usuario a su obtención, al establecer el art. 10.1.b) de la LGDCU que es susceptible de renuncia (“*entrega, salvo **renuncia expresa** del interesado, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado*”, dice).

En todo caso, la renuncia ha de ser expresa, carácter que no era exigido en la redacción originaria del art. 10.1.b) de la LGDCU. Declarándose nula “*la renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios*” (art. 2.3 LGDCU).

Por otra parte, se considera cláusula abusiva “*la imposición de renunciaciones a la entrega de documento acreditativo de la operación*” (D.A.1ª., cláusula 13ª., de la LGDCU). Lo cual es una

En cuanto a los demás requisitos referidos, es precisa su diferenciación:

1º. En virtud del **requisito de forma**, las cláusulas se han de redactar con concreción, claridad y sencillez, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato [ap. a) del art. 10.1 LGDCU]⁴⁶⁷. El objetivo de este requisito es el conocimiento de tales cláusulas por el consumidor⁴⁶⁸.

En lo que respecta al ámbito de la LCGC, el art. 5.4 se expresa en idénticos términos al disponer que “*la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*”.

En cuanto a los contratos sometidos a la LCC, el párr. 1º. del art. 6.1 LCC también exige la forma escrita. Este requisito de la forma escrita es obligatorio, con independencia del instrumento de pago utilizado (sea en letras o pagarés).

2º. El **requisito de entrega** se configura como un requisito de prueba (requisito *ad probationem*). Así, el ap. b) del art. 10.1 LGDCU dispone, con carácter general, la entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de recibo justificante,

manifestación de lo expresado en el art. 10 bis de la LGDCU, en cuya virtud “*en todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley*”.

⁴⁶⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL considera que los requisitos de inclusión del art. 10.1.a) de la LGDCU cumplen una función de transparencia, al dotar al consumidor de la información necesaria en la fase de celebración del contrato (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, cit., pp. 191 y ss.).

Por su parte, la SAP de Baleares de 17-3-2003, cit. en el núm. Marginal 427, diferencia un requisito de plasmación documental en el segundo inciso del mencionado art. 10.1.a) de la LGDCU [cuyo tenor es: “*(...) sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y las que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual*”]. Esto es, según la mencionada sentencia, “*que las condiciones generales se hallen en el texto del documento que contiene el contrato, o bien se haga una referencia expresa al documento en que se encuentran y que se facilita al contratante*” (F.D.3º.).

⁴⁶⁸ La SAP de Baleares de 17-3-2003, cit., lo define en su F.D.3º. como requisito de formulación, según el cual las condiciones generales han de estar “*redactadas de forma legible y comprensible. Lo que significa que su texto sea legible, físicamente, es decir, no esté en letra tan pequeña o en lugar tan subrepticio que sea muy difícil leerlos; y que sea comprensible implica que pueda ser entendido por el tipo medio de persona a que va normalmente destinado el tipo concreto de contrato*”.

copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado⁴⁶⁹.

Por su parte, el art. 5.1 LCGC establece que “*no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente (...) no le haya facilitado (al adherente) un ejemplar de las mismas*”, requisito que pone en relación con el de incorporación para la validez de la condición general incorporada.

En materia de crédito al consumo, el párr. 2º. del art. 6.1 LCC establece que “*se formalizarán en tantos ejemplares como partes intervengan, debiéndose entregar a cada una de ellas su correspondiente ejemplar debidamente firmado*”. Esto es, se harán tantos ejemplares como personas intervinientes, lo cual es frecuente en la práctica (p.ej. un prestamista y varios coprestatarios o varios cofiadores); debiendo entregarse ejemplares, no copias, es decir, documentos que contienen las firmas originales de las partes.

b') Requisito de contenido.

Este requisito se concreta en el ap. c) del art. 10.1, así como en el art. 10 bis y la D.A.1ª., todos de la LGDCU, tras la aprobación de la LCGC⁴⁷⁰, en la que se transpone la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ La referida SAP de Baleares de 17-3-2003, al examinar la LGDCU, lo denomina requisito de disponibilidad. Añadiendo, a continuación, que consiste en la entrega al contratante de “*una copia del contrato en el que se hallen las condiciones generales y del texto o documento, en su caso, de condiciones generales al que se remite aquél. No se trata de mostrar, exhibir o enseñar, sino de entrega definitiva del documento o documento*” (F.D.3º.).

⁴⁷⁰ De forma que el art. 10 LGDCU tiene una nueva redacción, y se añaden el art. 10 bis y la D.A.1ª. de la LGDCU, a tenor de la D.A.1ª. (aps. dos, y tres y seis, respectivamente) de la LCGC.

⁴⁷¹ Sobre esta Directiva 93/13/CCE, *vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Consideraciones introductorias sobre la Directiva comunitaria para regular las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la contratación bancaria», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil-Homenaje a Evelio Verduera y Tuells*, t. I, Madrid, 1994, pp. 651 y ss.

Vid., igualmente, GARCÍA AMIGÓ, M., «Las cláusulas abusivas en el derecho comunitario: su aplicación a los servicios financieros», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil-Homenaje a Evelio Verduera y Tuells*, t. II, Madrid, 1994, pp. 909 y ss.

En virtud del ap. c) del art. 10.1 LGDCU⁴⁷², se establece que “*las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos: (...) c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas*”⁴⁷³. Estas cláusulas abusivas se regulan, con carácter general, en el art. 10 bis, y, específicamente, en la D.A.1ª.

En este sentido, el ap. 1 del art. 10 bis LGDCU considera como cláusulas abusivas “*todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*”⁴⁷⁴.

⁴⁷² La redacción originaria del ap. c) del art. 10.1 LGDCU establecía, con carácter general, que “*las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos: (...) c) buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones*”.

A continuación, este ap. c) excluía de este requisito de “*la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones*” a doce cláusulas, como infractoras de este precepto, mencionándose expresamente a las condiciones abusivas de crédito, en el núm. 4º. Por tanto, esta prohibición de las “*condiciones abusivas de crédito*” no era exclusiva de los contratos bancarios, sino que era una concreción de una prohibición general, en cuanto el crédito lo fuese a favor de los consumidores. Vid. DÍAZ ALABART, S., «Comentario al art. 10.1.c) LGDCU», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coord. por BERCOVITZ, R. / SALAS, J.), 1ª. ed., Madrid, 1992, pp. 275 y ss.

⁴⁷³ Para la SAP de Baleares de 17-3-2003, cit., “*los requisitos de contenido de las condiciones generales se reducen a la proclamación y aplicación del principio de la buena fe, y se expresa en el art. 10.1 c): se establece que aquéllas deben reunir el requisito de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones*” (F.D.3º).

Y, a continuación, considera como contraria a la buena fe contractual “*la omisión de algún dato relevante para la determinación del coste efectivo o la falta de constancia formal del interés efectivo en el documento contractual*”; así como “*las que se refieren a la revisión de los tipos de interés en las que no se establecen las oportunas notificaciones previas, o los plazos de contestación del prestatario son excesivamente breves, o incluso las que parece otorgar un trato igual a prestamista y prestatario, como es el caso de las cláusulas que dejan a la iniciativa de cualquiera de las partes la modificación del tipo de interés*”.

⁴⁷⁴ El art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, en el que se inspira el art. 10 bis LGDCU, establece que “*las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*”.

Por su parte, la D.A.1ª. de la LGDCU, añadida por la LCGC⁴⁷⁵, establece un listado de 29 cláusulas o estipulaciones que considera abusivas, agrupándolas en cinco clases o grupos [vinculación del contrato a la voluntad del profesional, privación de derechos básicos del consumidor, falta de reciprocidad, garantías⁴⁷⁶, y otras]. Este listado, según el tenor de esta D.A.1ª. *ab initio* [cuyo tenor literal es “*tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: (...)*”], entiendo que no es cerrado, sino que admite otras cláusulas abusivas⁴⁷⁷; y, en todo caso, las que en él constan sí tienen reconocido el carácter abusivo⁴⁷⁸.

En materia de contratación bancaria, se considerarán cláusulas abusivas aquellas condiciones generales que infrinjan normas imperativas. En consecuencia, dichas condiciones generales serán nulas, a efectos de los actuales arts. 10, 10 bis y la D.A.1ª. de la LGDCU⁴⁷⁹. De entre ellas, nos interesan fundamentalmente, en el ámbito contractual bancario, las cláusulas abusivas que la D.A.1ª. de la LGDCU cita con los núms. 2, 18 y 29.

1) En el núm. 2 (dentro del ap. I “*Vinculación del contrato a la voluntad del profesional*”), se alude a las cláusulas abusivas que reservan al profesional la facultad de modificar unilateralmente el contrato. Sin embargo, en los contratos sobre servicios financieros se permiten “*las cláusulas por las que el prestador de servicios se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de*

⁴⁷⁵ Nuestra LCGC de 1998 eleva el nivel de protección del consumidor, con respecto a la Directiva 93/13/CEE:

1º. Por un lado, diferencia entre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, lo que ignora la Directiva.

2º. Asimismo, amplía el número de cláusulas abusivas de 17, contenidas en la Directiva, a 29, declarándolas todas, asimismo, absolutamente nulas, como establece el art. 8.2 LCGC.

⁴⁷⁶ Se trata de supuestos de imposición de garantías desproporcionadas.

⁴⁷⁷ Por su parte, la LCGC alemana admite, junto a un listado de cláusulas abusivas, la facultad del Juez para enunciar alguna otra cláusula abusiva si observara alguna contraprestación.

⁴⁷⁸ La Directiva 93/13/CEE también se refiere en su art. 3, ap. 3, a una lista de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, contenidas en el Anexo de esta Directiva, señalando asimismo que el carácter de la lista es indicativo, y no exhaustivo.

⁴⁷⁹ P.ej., respecto a los gastos repercutibles, “*en ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente*”; y las comisiones o gastos repercutidos “*deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos*” (párr. 3º. del núm. 5º. de la O.M. de 1989, desarrollado por la norma 3ª. de la CBE 8/1990).

Igualmente, en cuanto a las cláusulas sobre intereses, la entidad de crédito está obligada a informar al cliente del coste total del crédito y de la TAE del mismo (art. 6.2 LCC).

otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el profesional esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato”.

2) Por su parte, el núm. 18 (incluido en el ap. IV “*Sobre garantías*”), se refiere a la imposición al consumidor de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Pero, tratándose de contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica, la D.A. presume que no existe desproporción; por tanto, se obliga al consumidor a probar el carácter desproporcionado de la garantía, en caso de que propugne la nulidad de la cláusula, y lo fundamente en esta norma.

3) Por último, el núm. 29 (en el ap. V “*Otras*”), considera abusiva la imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el art. 19.4 LCC, esto es un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero; pero no a los que no lo superen, lo que, en todo caso, es desproporcionado, y no parece acomodarse al justo equilibrio de las contraprestaciones, sino más bien a una cláusula de penalización por el descubierto.

Respecto a los contratos sometidos al ámbito de la LCC, el art. 6.2 de esta Ley establece que el documento contendrá necesariamente, además de las condiciones esenciales del contrato, las siguientes menciones⁴⁸⁰:

a) la tasa anual equivalente⁴⁸¹ (definida en el art. 18 LCC como “*el coste total del crédito, expresado en un porcentaje anual sobre la cuantía del crédito*”

⁴⁸⁰ Estas cláusulas obligatorias se concretan en el núm. 7º., ap. 4, de la O.M. de 1989, examinadas.

⁴⁸¹ Como señala SERRA MALLOL: “La realidad es que la T.A.E. sólo tiene sentido cuando el cliente compara más de una oferta financiera, pero por sí sola dice poco, ni siquiera como exponente del coste financiero total periódico. Es mucho más útil conocer el tipo de interés y comisiones con los que calcular los costes financieros en pesetas” (SERRA MALLOL, A. J.,

concedido”), y “*las condiciones en las que ese porcentaje podrá, en su caso, modificarse*”;

b) una relación del importe, el número y la periodicidad o las fechas de los pagos, así como el importe total de esos pagos; y

c) la relación de elementos que componen el coste total del crédito⁴⁸², con excepción de los relativos al incumplimiento de las obligaciones contractuales, especificando cuáles se integran en el cálculo de la TAE.

La omisión de estos datos tiene efectos administrativos y mercantiles, de carácter sustancial, ya que forman parte del contenido contractual.

e) Infracciones.

a') *En la LCGC.*

Los requisitos mencionados pueden estar sometidos a eventuales infracciones, lo cual se prevé en el Capítulo II de la LCGC, que distingue dos posibilidades:

1) No incorporación al contrato:

Respecto a las infracciones relativas a los requisitos de forma y entrega, la LCGC sanciona, en su art. 7, con la no incorporación al contrato de aquellas condiciones generales que “*el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5*” de la LCGC [ap. a)], o bien aquéllas que “*sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*” [ap. b)].

«Ley de Crédito al Consumo (Ley 7/1995, de 23 de marzo): un examen de su regulación», en *RGD*, núm. 609, 1995, p. 6343).

⁴⁸² Se incluirían los intereses, las comisiones y otros gastos (entre otros, p.ej. los gastos de intervención de fedatario, gestiones y seguros). El ap. c) del art. 6.2 LCC alude expresamente a la especificación en el contrato de crédito de “*la necesidad de constitución, en su caso, de un seguro de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular*”.

El mismo ap. b) del art. 7 LCGC, a continuación, excepciona de su contenido a las condiciones generales **incomprensibles**, citadas, que “*hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato*”. Este supuesto es lo que la doctrina ha venido en llamar “doble firma”, según la cual el adherente también ha de aceptar expresamente, con su firma, las condiciones generales que, generalmente, constan en el dorso del impreso, a las que los formularios se suelen remitir, normalmente en letra pequeña, en el anverso, en donde constan las prestaciones principales; p.ej. el pacto de sumisión (judicial) expresa, impuesta unilateralmente por la parte predisponente.

2) Nulidad de pleno derecho:

El art. 8.1 LCGC establece: “*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, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*”⁴⁸³.

Esta norma plantea la cuestión de si resulta aplicable a cualquier condición general de la contratación (tanto cuando el adherente es un consumidor como un profesional), y principalmente tratándose de las “cláusulas abusivas” de la LGDCU. Lo cual, es de gran importancia, teniendo presente que la gran mayoría de los empresarios y profesionales españoles son PYME⁴⁸⁴. VICENT CHULIÁ aboga por la referencia expresa a dichos profesionales en el art. 8.1 LCGC, y opina que el legislador excluye *implícitamente* en el art. 8.2 LCGC la aplicación de las cláusulas abusivas de la D.A.1ª. de la LGDCU⁴⁸⁵ a los contratos con condiciones generales celebrados con no consumidores.

⁴⁸³ La nulidad de pleno derecho de estas condiciones generales determina:

1º. Su naturaleza legal, obligatoria a todos, tanto particulares como funcionarios (singularmente, Jueces, Notarios, Registradores).

2º. La declaración de nulidad no es exclusiva de los Jueces, y puede proceder también de Notarios y Registradores.

3º. En concreto, la sentencia judicial es declarativa, no constitutiva de la nulidad, y tiene efectos *ex tunc*.

⁴⁸⁴ Este dato es resaltado por VICENT CHULIÁ (VICENT CHULIÁ, F., «Condiciones generales...», cit., p. 89).

⁴⁸⁵ VICENT CHULIÁ, F., «Condiciones generales...», cit., pp. 89-91.

Respecto al primer punto, hay que tener presente que el “adherente” a que se alude genéricamente en el art. 8.1 LCGC hay que referirlo al mismo art. 2 LCGC, de forma que, en virtud de su ap. 1, el adherente puede ser “*cualquier persona física o jurídica*”; y, a continuación, asimismo, su ap. 3 dispone que “*el adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad*”.

En cuanto a la segunda cuestión, el art. 8.2 LCGC también sanciona con la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales que sean **abusivas**, así definidas por el art. 10 bis y D.A.1ª. de la LGDCU, vistos, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor. De forma que, estimo, el tenor de este ap. 2 es una concreción, cuando el adherente sea un consumidor, de la norma general del art. 8.1 LCGC. Lo cual no significa, entiendo, la exclusión *implícita* de la aplicación de las cláusulas abusivas de la LGDCU a los no consumidores, y que, en consecuencia, el art. 8.1 LCGC sólo resulte aplicable al adherente consumidor; sino que, tratándose de un adherente empresario o profesional lo que sucede es que no existe norma de cobertura en tal caso, lo que reclama la elaboración de una norma de protección de esta naturaleza. Así parece desprenderse del art. 8.2 LCGC, cuando establece: “***En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios***”.

Esta falta de cobertura específica sobre cláusulas abusivas, cuando el adherente sea un empresario o profesional, obliga, considero, a una labor de integración judicial y a la aplicación de la normativa general contenida en los arts. 1255 CC (según el cual los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, “*siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”) y 1256 CC (en cuya virtud, “*la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*”) así como analógica (en los términos del art.

4.1 CC) de la D.A.1ª. de la LGDCU en cuanto a cláusulas abusivas, en los contratos con condiciones generales celebrados con no consumidores.

Por otra parte, la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual (art. 9.1 LCGC).

En el art. 10 LCGC se contempla la subsistencia del resto del contrato, extremo sobre el que habrá de pronunciarse la sentencia; y se establece que la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 CC y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo; por tanto, en virtud de este último precepto, habrá que atender a la naturaleza del contrato, y realizar una integración que sea conforme a la buena fe, al uso (de comercio) y a la ley, según el contrato de que se trate.

b') En la LGDCU.

El régimen anterior a la aprobación de la LCGC, por el contrario, consistía en la unidad de la sanción para los tres requisitos (forma, entrega y contenido), prevista en el art. 10.4 LGDCU, consistente en la nulidad de pleno derecho de la cláusula que incumpliese dichos requisitos, pero la subsistencia del resto de las cláusulas, salvo que éstas determinasen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, en cuyo caso sería ineficaz el contrato mismo. La declaración de nulidad parcial conllevaba la integración del contenido contractual, en los términos del art. 1258 CC, es decir, según la naturaleza del contrato, que sea conforme a la buena fe, al uso y a la ley.

Esta integración no tenía cobertura en la LGDCU, pero ahora, tras la reforma de la LCGC, está expresamente reconocido en el ap. 2 del actual

art. 10 bis LGDCU, respecto a la nulidad de las cláusulas abusivas, referidas en el art. 10.1.c), 10 bis y D.A.1^a. Añadiendo el mencionado art. 10 bis, ap. 2, que *“sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá (el Juez) declarar la ineficacia del contrato”*.

Sin embargo, en la LGDCU se omite la infracción de los requisitos de los aps. a) y b) del art. 10.1. Por tanto, en caso de que la cláusula contractual afectada sea calificable de condición general regirá el régimen de sanción previsto en la LCGC; en los demás casos, se aplicará el actual art. 10.2 LGDCU, en cuya virtud *“en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor”*.

c') En la LCC.

Por su parte, en cuanto a los créditos al consumo⁴⁸⁶, el art. 7 LCC contempla en el párr. 1º. el incumplimiento de la forma escrita de los contratos sujetos a dicha Ley (referida en el párr. 1º. del art. 6.1 LCC), que *“dará lugar a la nulidad del contrato”*⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ Al respecto, el art. 5 LCC establece que el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley será sancionado como infracción (administrativa) en materia de consumo, aplicándosele lo dispuesto en la legislación específica sobre protección de consumidores y usuarios (*vid.* Capítulo IX, arts. 32 a 38, de la LGDCU).

No obstante, tratándose de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito, el mismo art. 5 prescribe, en su párr. 2º., que *“las disposiciones contenidas en la presente Ley constituirán normas de ordenación y disciplina”*. Por tanto, en caso de producirse alguna infracción que afecte tanto al contenido como a la forma de los contratos de crédito al consumo, dichas entidades estarán sometidas al régimen sancionador especial previsto en el Título I (arts. 1 a 27) de la LDIEC.

“En el expediente sancionador no podrán examinarse las cuestiones civiles o mercantiles que suscite el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley”, concluye el art. 5, en su párr. 3º.; pero ello no impide que las disposiciones de esta Ley sí se puedan estimar y examinar en un proceso civil. Por otra parte, las cuestiones serán siempre mercantiles, salvo las prestaciones de profesionales a favor de personas físicas.

⁴⁸⁷ En tal sentido, el art. 9 LCC establece que *“en caso de créditos concedidos para la adquisición de bienes determinados, cuando el prestamista recupere el bien como consecuencia de la nulidad o la resolución de los contratos de adquisición o financiación de dichos bienes, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas”*.

El art. 7 LCC también prevé, en el párr. 2º., las consecuencias por la omisión de las cláusulas contractuales obligatorias contenidas en el art. 6.2 de dicha Ley, vistas. Así:

“a) En el caso de la mención a que se refiere la letra a), la obligación del consumidor se reducirá a abonar el interés legal en los plazos convenidos”⁴⁸⁸.

“b) En el caso de la mención a que se refiere la letra b), y siempre que no exista omisión o inexactitud en el plazo, la obligación del consumidor se reducirá a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos. En el caso de omisión o inexactitud de los plazos, dicho pago no podrá ser exigido al consumidor antes de la finalización del contrato”⁴⁸⁹.

“c) En el caso de la mención a que se refiere la letra c), no podrá exigirse al consumidor el abono de gastos no citados en el contrato, ni la constitución o renovación de garantía alguna”⁴⁹⁰.

El párr. 3º. del art. 7 LCC atenúa los anteriores efectos, cuando establece que “en el caso de que los contenidos del número 2 del artículo 6 figuren en el documento contractual, pero sean inexactos, se modularán, en función del perjuicio que debido a tal inexactitud sufra el consumidor, las consecuencias previstas en las letras a), b) y c) anteriores”. Esto es, se recoge el caso de que en el contrato sí aparezcan las cláusulas contractuales obligatorias, aunque inexactamente; no obstante, este párrafo introduce inseguridad en la norma, pues no indica el sujeto que “modulará” los mencionados efectos jurídicos,

⁴⁸⁸ Se hace alusión, por tanto, a la omisión de la referencia a la TAE y a las condiciones de modificación de dicho porcentaje. Su previsión en el art. 7 LCC es porque se contempla la posibilidad fáctica de que no se pueda mencionar la TAE en el contrato; SERRA MALLOL considera que, en caso de que la parte acreedora pueda probar que no puede hacerse constar la TAE, “no se le puede penalizar, siempre que se haya puesto el tipo de interés y demás condiciones”, y que “la aplicación de estos efectos es por la omisión de cualquier dato”, en referencia al efecto del párr. 2º., ap. a), del art. 7 LCC (SERRA MALLOL, A. J., «Ley de Crédito...», cit., p. 6344).

⁴⁸⁹ Este caso contempla: 1) la omisión de la relación de los importes a pagar; y 2) la omisión o inexactitud de los plazos. En el primer supuesto, el efecto que se atribuye nace como consecuencia del contrato, no por hacerlo valer el consumidor, ya que la omisión se produce en origen, y, por tanto, la reducción de la obligación a la que se alude también lo ha de ser en origen, teniendo derecho el consumidor a la devolución de lo pagado en exceso.

⁴⁹⁰ Este apartado se refiere a la omisión de la relación de elementos que componen el coste total del crédito, como, p.ej., la constitución o renovación de seguros, a los que no se menciona de forma expresa.

pudiendo obtenerse éstos por un acuerdo pactado, por arbitraje o por decisión judicial.

D.- EL SRBE, COMO FUENTE DE CONOCIMIENTO ⁴⁹¹.

a) Nota preliminar.

Esta materia ha sido objeto de una profunda modificación, a tenor de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero⁴⁹². En la Sección 1ª. del Capítulo V (titulado “*Protección de clientes de servicios financieros*”) de la LMRSF, se regula por primera vez, desde un ámbito estrictamente legal, que no meramente reglamentario, como había tenido lugar hasta entonces, la defensa de los usuarios de servicios bancarios, a los que se facilita todos los cauces posibles para hacer llegar a la autoridad de supervisión cualesquiera quejas, reclamaciones o consultas que aquéllos les transmitan; pero con la particularidad de que ahora se regula conjuntamente la totalidad del sistema financiero, sistematizado tradicionalmente éste en los tres mercados de banca, valores y seguros⁴⁹³.

En esta línea, se crean conjuntamente unos nuevos órganos administrativos específicos del sector financiero (art. 22 LMRSF): 1) el Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios (en adelante, CDCSB); 2) el

⁴⁹¹ Un examen en profundidad de este organismo especializado puede encontrarse en mi artículo, PANCORBO LÓPEZ, M. L., «El Servicio de Reclamaciones del Banco de España, ...», cit., pp. 967-1012.

⁴⁹² Cit. en el núm. Marginal 296.

Esta Ley, tal como establece su D.F.1ª., tiene carácter básico al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.11ª. y 13ª. CE, que atribuyen al Estado competencia exclusiva sobre bases de la ordenación del crédito, banca y seguros, y sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

⁴⁹³ Uno de los principales objetivos de la LMRSF es la mejora de las condiciones de protección de los usuarios de servicios financieros, para evitar efectos perjudiciales como consecuencia del incremento de la competencia y la utilización de las nuevas tecnologías por el sistema financiero español.

Comisionado para la Defensa del Inversor; y 3) el Comisionado para la Defensa del Asegurado y del Partícipe en Planes de Pensiones⁴⁹⁴. Hay que advertir que estos Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros (en lo sucesivo, CDCSF) están sujetos al Reglamento que ha sido aprobado por R.D. 303/2004, de 20 de febrero, dictado en desarrollo del art. 25.4 LMRSF⁴⁹⁵, como declara la Exposición de Motivos de este Real Decreto; de forma que dicho Reglamento resulta común a los tres Comisionados, salvo las especialidades propias de cada ámbito funcional.

En lo relativo al CDCSB, en el art. 27 LMRSF se establece que el Banco de España adscribirá su Servicio de Reclamaciones a su respectivo CDCSB, para la realización de las funciones técnicas que dicho Comisionado tiene encomendadas, dando el soporte administrativo y técnico para la tramitación de consultas y reclamaciones. Por su parte, la D.T.9ª. LMRSF preceptúa que *“hasta que se produzca el **nombramiento** de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros previstos en el artículo 22 de esta Ley, los servicios de reclamaciones o unidades administrativas equivalentes del Banco de España (...) seguirán realizando las funciones que tengan encomendadas a la entrada en vigor de esta Ley de acuerdo con su normativa aplicable”*.

Al tenor de lo anteriormente expuesto, la D.D. Única, ap. b), del R.D. 303/2004 deroga los párrs. 2º. y 3º. del núm. 9º. de la O.M. de 1989, en donde se regulaba, respectivamente, el procedimiento de reclamación ante el SRBE, así como a la Memoria anual que éste debía publicar⁴⁹⁶; igualmente, el ap. c) de

⁴⁹⁴ Se trata de órganos adscritos, respectivamente, al Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, con la finalidad expresa de proteger los derechos del usuario de servicios financieros en el ámbito respectivo; y que se conciben con caracteres de independencia y autonomía.

Aparecen, por tanto, como garantes de la protección de los intereses y derechos de los clientes de servicios financieros, y del reforzamiento de la transparencia y de las buenas prácticas y usos financieros.

⁴⁹⁵ En virtud del art. 25.4 LMRSF, *“se habilita al Gobierno para desarrollar reglamentariamente lo dispuesto en esta Ley respecto de la figura de los Comisionados y, en particular, lo relativo a su nombramiento, rango jerárquico, procedimiento de resolución de las quejas y reclamaciones y contenido de la memoria anual a que se refiere el artículo siguiente”*.

⁴⁹⁶ No obstante, esta misma D.D. Única, ap. b), declara vigente el párr. 1º. del núm. 9º. de la O.M. de 1989, según el cual *“el Banco de España mantendrá un Servicio de Reclamaciones*

esta D.D. Única deroga las normas 11^{a.} a 27^{a.} de la CBE 8/1990 (es decir, el Capítulo II íntegro, titulado “*Organización y funcionamiento del Servicio de Reclamaciones*”). No obstante, este R.D. 303/2004, en virtud de su D.F.3^{a.}, entró en vigor a los cuatro meses de su publicación en el BOE, acaecida el día 3 de marzo de 2004; coincidiendo con su entrada en vigor, su D.F.1^{a.} dispone que, en el plazo de cuatro meses desde la publicación de este Real Decreto en el BOE, el Banco de España adoptará, sin incremento de gasto público, las medidas oportunas para adscribir a su CDCSB sus servicios de reclamaciones (esto es, el SRBE). Asimismo, su D.T. Única establece que los expedientes de quejas y reclamaciones presentadas ante el SRBE que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de este Real Decreto continuarán sustanciándose conforme al procedimiento de resolución de quejas y reclamaciones que venga establecido por la normativa anterior.

Todo ello, junto al hecho de que el SRBE (órgano administrativo que es, ahora, objeto específico de nuestro estudio) haya tenido encomendada durante casi 18 años, hasta el 3 de julio de 2004, la misión de recibir y tramitar las reclamaciones bancarias, justifica que se examine, *separadamente*, la normativa por la que se ha regido el SRBE (contenida en la O.M. de 1989 y la CBE 8/1990), cuyo funcionamiento ha permitido conocer los diferentes usos bancarios y las buenas prácticas bancarias, recogidos en las Memorias anuales que ha publicado; y que se concrete, igualmente, la nueva regulación normativa del CDCSB, que la sustituye (ésta principalmente en nota a pie de página, pese a su actual vigencia, dada la falta de datos de su experiencia).

encargado de recibir y tramitar las que, relativas a operaciones concretas que les afecten, pudieran formular los clientes de las Entidades de crédito sobre actuaciones de éstas que puedan quebrantar las normas de disciplina, o las buenas prácticas y usos bancarios”.

b) Concepto y fines del SRBE.

El SRBE era, según se desprendía de su concepto legal⁴⁹⁷, un órgano de naturaleza administrativa o cuasi administrativa (en función de la naturaleza jurídico-pública que ostenta el Banco de España⁴⁹⁸), cuya finalidad era recibir y tramitar las reclamaciones que, relativas a operaciones concretas que les afectasen, pudieran formular los clientes de las entidades de crédito sobre actuaciones de éstas, que pudiesen quebrantar las normas de disciplina, o las buenas prácticas y usos bancarios⁴⁹⁹.

De esta definición se pueden extraer varias consecuencias:

1) Por un lado, la naturaleza administrativa del SRBE dimanaba de su constitución como órgano del Banco de España. En este sentido, la norma 11ª. de la CBE 8/1990⁵⁰⁰ definía el SRBE como una “*unidad de trabajo*”

⁴⁹⁷ Vid. núm. 9º., párr. 1º., de la O.M. de 1989, declarado vigente por la D.D. Única, ap. b), del R.D. 303/2004.

⁴⁹⁸ El art. 1.1 LABE configura a éste como “*una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada*”, que “*en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines actuará con autonomía respecto a la Administración General del Estado*”.

⁴⁹⁹ En la nueva normativa de protección de los usuarios de servicios financieros (entiéndase los CDCSF), el CDCSB, que es el que nos interesa, se puede definir como un órgano de naturaleza administrativa, adscrito orgánicamente al Banco de España), cuyo objeto es la protección de los derechos del usuario de servicios financieros dentro del respectivo ámbito material de competencias del Banco de España, atendiendo las quejas y reclamaciones que éstos presenten, asesorándoles, igualmente, sobre sus derechos en materia de transparencia y protección a la clientela bancaria.

⁵⁰⁰ Esta norma ha sido derogada por la D.D. Única, ap. c), del R.D. 303/2004.

Por su parte, el CDCSB está adscrito orgánicamente al Banco de España (art. 22 LMRSF, desarrollado por el art. 3.1 RCDCSF). Este Comisionado tendrá la adscripción que determine el órgano competente de conformidad con la normativa interna de los respectivos organismos de supervisión a los que quedan adscritos (art. 3.2 RCDCSF).

Por otro lado, el CDCSB será nombrado por el Ministro de Economía, oído el Gobernador del Banco de España y el Consejo de Consumidores y Usuarios. Será designada una persona de reconocido prestigio en el ámbito económico o financiero, con, al menos, diez años de experiencia profesional. Su mandato tendrá una duración de cinco años, sin posible renovación para el mismo cargo. Actuará de acuerdo con los principios de independencia y autonomía en cuanto a los criterios y directrices a aplicar en el ejercicio de sus funciones (art. 25 LMRSF).

La independencia se predica respecto del cualquier otro órgano administrativo, incluidos los órganos u organismos a los que estén adscritos, así como en relación a las entidades a que se refieren sus funciones. La autonomía hace alusión a los criterios y directrices que deben aplicar en el ejercicio de sus funciones (art. 2.3 RCDCSF).

*incardinada en los Servicios Jurídicos del Banco de España, de cuya jefatura depende su organización y funcionamiento*⁵⁰¹, estableciendo, a continuación, que el Servicio de Reclamaciones adecuaría sus actuaciones a las directrices que emanasen de la Comisión Ejecutiva⁵⁰² del Banco de España; de lo cual se deduce el carácter instrumental del SRBE respecto a la Comisión Ejecutiva⁵⁰³, a la que habría de informar regularmente, asimismo, “*en la forma que ésta determine, de la situación general de los trámites y de las incidencias más importantes*”⁵⁰⁴.

2) Por otro lado, se distinguían, en las entidades de crédito, dos tipos de actuaciones, que podían ser objeto de reclamación (cfr. núm. 9º., párr. 1º., de la O.M. de 1989⁵⁰⁵), según se quebrantasen normas de disciplina bancaria o las buenas prácticas y usos bancarios; distinción que era indiferente en el procedimiento de reclamación ante el SRBE, pero que, en el primer supuesto, podía tener efectos disciplinarios o sancionadores para la entidad de crédito⁵⁰⁶.

3) Por último, la misión del SRBE se circunscribía a determinar si la actuación de la entidad de crédito, en el supuesto concreto planteado, había producido un quebrantamiento de la normativa de disciplina bancaria o de las buenas prácticas y usos bancarios⁵⁰⁷. Con ello, el SRBE intentaba contribuir, como todo

⁵⁰¹ El Servicio de Reclamaciones ya se estructuraba como unidad de trabajo “*asignada a los Servicios Jurídicos*” del Banco de España en la norma 1ª. de la CBE 24/1987, de 21 de julio, sobre Organización y Funcionamiento del Servicio de Reclamaciones (BOE núm. 190, de 10 de agosto), a la que deroga la vigente CBE 8/1990.

⁵⁰² La norma aludía al Consejo Ejecutivo. Pero téngase en cuenta que éste fue sustituido por la vigente Comisión Ejecutiva, la cual, junto con el Gobernador, el Subgobernador y el Consejo de Gobierno (éste sustituye al Consejo General), constituyen los actuales órganos rectores del Banco de España, regulados en el Capítulo III (art. 17 y ss.) de la LBE, de 1994; asimismo, según la D.A.2ª. de la LBE, las menciones que la normativa pueda contener al Consejo Ejecutivo se entenderán efectuadas a la Comisión Ejecutiva.

⁵⁰³ A este respecto, la resolución ministerial de 1 de junio de 1996 dispone que “*el Servicio de Reclamaciones actúa por delegación de la Comisión Ejecutiva del Banco de España*”.

⁵⁰⁴ Norma 22ª. de la CBE 8/1990, derogada por la D.D. Única, ap. c), del R.D. 303/2004.

⁵⁰⁵ El párr. 1º. del núm. 9º. de la O.M. de 1989, ha sido declarado vigente por la D.D. Única, ap. b), del R.D. 303/2004.

⁵⁰⁶ Vid. el Título I (“*Régimen sancionador de las entidades de crédito*”) de la LDIEC.

⁵⁰⁷ RUBIO VILAR, J., «Protección de los usuarios bancarios a través del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. La experiencia del Servicio», en *Crédito al Consumo* y

órgano del Banco de España, al buen funcionamiento del sistema financiero, aunque también se podía entender como órgano de protección de los clientes bancarios, en los casos singulares en que fuese procedente⁵⁰⁸.

c) Competencia del SRBE.

El SRBE conocía de las reclamaciones relativas a operaciones concretas de los clientes de las entidades de crédito⁵⁰⁹, salvo en aquellas materias en que no podía emitir un pronunciamiento, bien porque así se lo imponía la normativa, bien porque eran competencia de otros organismos o instituciones, por lo que el propio SRBE rechazaba las reclamaciones que se le planteaban⁵¹⁰. Entre estos casos, se encontraban los siguientes:

Transparencia Bancaria (coord. por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio), Madrid, 1998, p. 761.

⁵⁰⁸ El CDCSB, por su parte, tiene por objeto la protección de los derechos de los usuarios de servicios bancarios. Lo cual no es obstáculo, como se advierte en el art. 23 LMRSF, para que dichos usuarios puedan utilizar otros sistemas de protección previstos en la legislación vigente, en especial, la normativa arbitral y de consumo.

⁵⁰⁹ En el art. 24 LMRSF (desarrollado, extensamente, por el art. 4.1 RCDCSF) se atribuyen las siguientes funciones a los CDCSF, y, entre ellos, obviamente, al CDCSB:

a) Atender las quejas y reclamaciones que presenten los usuarios de servicios financieros, que estén relacionadas con sus intereses y derechos legalmente reconocidos, ya deriven de los contratos, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros, y remitir a los servicios de supervisión correspondientes aquellos expedientes en los que se aprecien indicios de incumplimiento o quebrantamiento de normas de transparencia y protección de la clientela.

b) Asesorar a los usuarios de servicios financieros sobre sus derechos en materia de transparencia y protección a la clientela, así como sobre los cauces legales existentes para su ejercicio.

⁵¹⁰ El art. 22 LMRSF realiza una delimitación competencial negativa del CDCSB, cuando dispone: “*Se exceptúa de la competencia de este comisionado el conocimiento de quejas o reclamaciones formuladas por los usuarios de servicios prestados por entidades de crédito en que la entidad se limite a comercializar productos de inversión o de seguros por cuenta de entidades sometidas a una supervisión distinta de la que corresponde al Banco de España*”.

Asimismo, “*no podrán conocer de consultas, quejas o reclamaciones cuando tengan conocimiento de que el asunto a que se refieran se encuentre o haya sido sometido a cualquier instancia arbitral, administrativa o judicial*” (art. 5.1 RCDCSF).

Igualmente, el art. 5.5 RCDCSF dispone que “*tampoco en la evacuación de la consulta podrá pronunciarse sobre peticiones de interpretación de la norma aplicable en relación a un supuesto concreto*”.

Por otra parte, el art. 1.2 RCDCSF establece que “*cuando una queja, reclamación o consulta corresponda, por razón de su contenido, al ámbito de competencia de dos o más comisionados, el expediente se tramitará por aquel que hubiera conocido primero de la*

1) Reclamaciones objeto de litigio ante los Tribunales de Justicia: tanto la O.M. de 1989 [núm. 9º., párr. 2º., ap. b)]⁵¹¹, como la CBE 8/1990 (norma 26ª.)⁵¹² establecían expresamente esta causa de exclusión, por lo que el SRBE no podía pronunciarse sobre los hechos expuestos cuando, sobre los mismos, estuviesen conociendo los órganos jurisdiccionales competentes; asimismo, el SRBE no podía resolver asuntos sobre los que hubiese recaído resolución judicial, aunque muchos reclamantes lo intentaban en base al tenor literal del núm. 9º., párr. 2º., ap. b), de la O.M. de 1989 –“*mientras el mismo (litigio) dure*”, establecía–, pues, es evidente, el SRBE no constituía una segunda o diferente instancia.

2) Interpretación de las relaciones jurídico-privadas: en efecto, el SRBE no era competente para examinar los asuntos que versasen sobre la interpretación de los pactos y las condiciones, así como su eficacia, establecidos en el ámbito de relaciones regidas por normas de Derecho privado; era este carácter estrictamente privado de las relaciones entre entidad de crédito-clientes una de las principales dificultades en la actuación del SRBE⁵¹³.

3) Reclamaciones de daños y perjuicios, ocasionados por las entidades de crédito: ésta era una cuestión de la competencia exclusiva de los Tribunales de Justicia, por lo que el SRBE no podía determinar la existencia, ni, por ende, valorar, dichos daños y perjuicios, incluso si se apreciaba el quebrantamiento de la normativa disciplinaria o de las buenas prácticas y usos bancarios; no obstante, el informe del SRBE podía servir de fundamento de una eventual reclamación judicial.

4) Quejas o reclamaciones atribuidas a otros órganos de supervisión: así, las quejas o cuestiones relacionadas con valores, y su mercado, estaban sometidas al Servicio de Reclamaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores,

reclamación”. En este sentido, el art. 3.3 RCDCSF dispone que los distintos Comisionados, sin perjuicio de su adscripción, “*cooperarán estrechamente con la finalidad de armonizar y mejorar, en consideración a su experiencia mutua, los criterios y prácticas que utilicen en el ejercicio de sus funciones*”.

⁵¹¹ Este párr. 2º. ha sido derogado por la D.D. Única, ap. b), del R.D. 303/2004.

⁵¹² Esta Norma 26ª. de la CBE 8/1990 ha sido derogada por la D.D. Única, ap. c), del R.D. 303/2004.

⁵¹³ RUBIO VILAR, J., «Protección de...», cit., p. 769.

aunque en los hechos planteados hubiese intervenido una entidad de crédito, pudiendo versar sobre asuntos diversos (p.ej. depósitos de valores, derechos de custodia, comisiones, órdenes, fondos de inversión, etc.); igualmente, la Sección de Consultas y Reclamaciones de la Dirección General de Seguros era el órgano competente para conocer las reclamaciones relativas a operaciones que afectasen al sector del seguro privado (p.ej. contratos de seguro de vida y amortización de préstamos, seguros de incendios, planes y fondos de pensiones, etc.), realizados en y por entidades de crédito.

d) La reclamación.

a') *Objeto de la reclamación.*

Se podía reclamar por los motivos señalados en el núm. 9º., párr. 1º., de la O.M. de 1989⁵¹⁴; es decir, por el quebrantamiento de las normas de disciplina, o de las buenas prácticas y usos bancarios, por las entidades de crédito, en sus actuaciones, respecto a operaciones concretas con sus clientes⁵¹⁵.

⁵¹⁴ El párr. 1º. del núm. 9º. de la O.M. de 1989, está vigente, en virtud de la D.D. Única, ap. b), del R.D. 303/2004.

⁵¹⁵ En el nuevo régimen de protección de la clientela, el art. 1.3 RCDCSF diferencia entre:
 1) Las quejas, como “*las referidas al funcionamiento de los servicios financieros prestados a los usuarios por las entidades a que se refiere el art. 1 y presentadas por las tardanzas, desatenciones o cualquier otro tipo de actuación que se observe en su funcionamiento*”.
 2) Las reclamaciones, como “*las presentadas por los usuarios de servicios financieros que pongan de manifiesto, con la pretensión de obtener la restitución de su interés o derecho, hechos concretos referidos a acciones u omisiones de las entidades a que se refiere el art. 1 que supongan para quien las formula un perjuicio para sus intereses o derechos por incumplimiento de los contratos, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros*”.

El art. 6.4 RCDCSF considera normas de transparencia y protección de la clientela “*aquellas que contienen preceptos específicos referidos a las entidades a que se refiere el art. 1, y que con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los clientes, establecen un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre unos y otros, exigen la comunicación de las condiciones básicas de las operaciones y regulan determinados aspectos de su publicidad, normas de actuación e información*”. Asimismo, “*tienen la consideración de buenas prácticas aquellas que, sin venir impuestas por la normativa contractual o de supervisión ni constituir un uso financiero, son razonablemente exigibles para la gestión responsable, diligente y respetuosa con la clientela de los negocios financieros*”.

Respecto a las normas de disciplina, el art. 1.5 LDIEC las define como aquellas Leyes y disposiciones administrativas, de carácter general, que contengan preceptos específicamente referidos a las entidades de crédito, y de obligada observancia por parte de las mismas. Entre estas disposiciones se encuentran comprendidas tanto las aprobadas por los órganos del Estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas que tengan atribuidas competencias en la materia, como las Circulares aprobadas por el Banco de España. Tienen por finalidad garantizar el buen funcionamiento de las entidades de crédito y regular múltiples aspectos de su actividad (p.ej. publicación de tipos de interés, tarifas de comisiones, normas de valoración, obligaciones de información, comunicaciones a clientes, publicidad financiera, etc.).

En cuanto a las buenas prácticas y usos bancarios, ya nos hemos referido a ellos en el ap. III.-B.-, a donde nos remitimos para no ser reiterativos.

b') Sujetos de la reclamación.

La reclamación podía presentarse, ante el SRBE, por cualquier persona, física o jurídica, que fuese cliente de la entidad de crédito, pero solamente en relación a operaciones que afectasen a la persona del cliente. Al respecto, el SRBE exigía, con especial rigor, que el reclamante ostentase la cualidad de “cliente” de la entidad reclamada, rechazando aquellas reclamaciones en las que no se diese esta circunstancia⁵¹⁶.

3) Las consultas, que son “*las solicitudes de asesoramiento e información relativas a cuestiones de interés general sobre los derechos de los usuarios de servicios financieros en materia de transparencia y protección de la clientela, y sobre los cauces legales para su ejercicio*”.

Precisamente, una novedad con respecto al anterior sistema de protección de la clientela bancaria es el reconocimiento de una función de asesoramiento al usuario de servicios bancarios por el CDCSB, regulándose en el Capítulo IV del RCDCSF (arts. 16 y 17 RCDCSF).

⁵¹⁶ Actualmente, en virtud del art. 24 LMRSF, podrán presentar las quejas y reclamaciones “*los usuarios de servicios financieros, que estén relacionadas con sus intereses y derechos legalmente reconocidos, ya deriven de los contratos, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros*”.

Este precepto se concreta en el art. 6.1 RCDCSF, según el cual “*podrán presentar las quejas o reclamaciones y consultas, personalmente o mediante representación, todas las*

De otro lado, la reclamación debía estar referida a actuaciones de las entidades de crédito, sometidas a la supervisión del Banco de España, englobando a bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y establecimientos financieros de crédito (esta última categoría sustituía a las antiguas “entidades de crédito de ámbito operativo limitado”⁵¹⁷). Por eso, el SRBE rechazaba las reclamaciones contra sociedades que no fuesen entidades de crédito (p.ej. las sociedades de garantía recíproca, los establecimientos de cambio de moneda o las sociedades de tasación), aunque ello no impedía que estuviesen sometidas al registro, control e inspección del Banco de España⁵¹⁸.

*c') Procedimiento de reclamación ante el SRBE*⁵¹⁹.

*a") Formulación previa ante el Defensor del Cliente*⁵²⁰.

La norma 14^a., ap. 1, de la CBE 8/1990⁵²¹ establecía que, para la admisión y tramitación de reclamaciones ante el Servicio, era imprescindible acreditar

personas físicas o jurídicas con capacidad de obrar conforme a derecho, españolas o extranjeras, que estén debidamente identificadas, en su condición de usuarios de servicios financieros”.

Igualmente, podrán presentar quejas o reclamaciones y formular consultas “*las asociaciones y organizaciones representativas de legítimos intereses colectivos de los usuarios de servicios financieros, siempre que afecten a un determinado cliente y acrediten su representación, y, en el caso de intereses colectivos, siempre que éstos resulten afectados y aquéllas estén legalmente habilitadas para su defensa y protección y reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores*” (art. 6.3 RCDCSF).

⁵¹⁷ Vid. el núm. Marginal 464.

⁵¹⁸ Ahora, en cambio, el art. 1.1, ap. a), del RCDCSF se refiere tanto a las entidades de crédito autorizadas para operar en el territorio nacional, como a las sociedades de tasación y a los establecimientos de cambio de moneda autorizados para realizar operaciones de venta de billetes extranjeros y cheques de viajero o gestión de transferencias en el exterior.

⁵¹⁹ Las normas 14^a. a 22^a., en donde se regulaba el procedimiento de reclamación ante el SRBE, han sido derogadas por la D.D. Única, ap. c), del R.D. 303/2004.

⁵²⁰ Para un análisis más detallado sobre el Defensor del Cliente Bancario, antes de la regulación establecida por la O.M. 734/2004, vid. ANDREU MARTÍ, M^a. M., «Notas sobre la figura del Defensor del Cliente en la práctica bancaria española», en *RDBB*, núm. 54, 1994, pp. 425 y ss.

haberlas formulado previamente por escrito ante el Defensor del Cliente (u órgano equivalente) de la entidad de crédito, caso de existir, para lo cual el Defensor del Cliente acusaría recibo por escrito de las reclamaciones que se le presentasen.

El interesado podía interponer su reclamación ante el SRBE en tres supuestos, según la citada norma: 1) si el Defensor del Cliente denegara la admisión de la reclamación, denegación que, en todo caso, debía ser motivada; 2) si se produjese resolución no satisfactoria para el reclamante; o 3) si hubieran transcurrido dos meses desde la fecha de presentación, sin resolución.

⁵²¹ Esta norma ha sido derogada por la D.D. Única, ap. c), del R.D. 303/2004.

En la actualidad, además de la creación de los CDCSF, otra de las medidas protectoras de los clientes de servicios financieros, adoptada por la LMRSF, es, como señala su Exposición de Motivos, el establecimiento “*de la obligación para todas las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, de atender y resolver las quejas y reclamaciones que sus clientes puedan presentar, relacionados con sus intereses y derechos legalmente reconocidos*”.

Así, en el art. 29.Primerο. de la LMRSF se establece el deber de las entidades de crédito de contar con un departamento o servicio de atención al cliente (en la LMRSF se sustituye el término “*órgano equivalente*” por “*departamento o servicio de atención al cliente*”) encargado de atender y resolver las quejas y reclamaciones. Por el contrario, continúa siendo facultativa, al igual que en la derogada norma 14ª. de la CBE 8/1990, la *designación* de un Defensor del Cliente, bien individualmente, bien agrupándose varias entidades de crédito por ramas de actividad, proximidad geográfica, volumen de negocio o cualquier otro criterio.

Este requisito de la formulación previa, por escrito, de la reclamación ante el Defensor del Cliente o el departamento o servicio de atención al cliente, para su admisión y tramitación ante el nuevo CDCSB, continúa siendo obligatorio en el art. 30 de la LMRSF. Estos (órganos) “*deberán acusar recibo por escrito de las reclamaciones que se les presenten y resolverlas o denegarlas igualmente por escrito y motivadamente*” (art. 30.Primerο. de la LMRSF).

“*La decisión del Defensor del Cliente favorable a la reclamación vinculará a la entidad. Esta vinculación no será obstáculo a la plenitud de tutela judicial, al recurso a otros mecanismos de solución de conflictos ni a la protección administrativa*” (art. 29. Segundo. de la LMRSF).

El interesado podrá presentar su queja o reclamación indistintamente ante cualquiera de los Comisionados, con independencia de su contenido, en tres supuestos, que deberá acreditar (art. 30.Primerο. de la LMRSF, desarrollada por el art. 8.2 RCDCSF):

- 1) si ha sido denegada su admisión;
- 2) si ha sido desestimada, total o parcialmente, su petición; y
- 3) si ha transcurrido el plazo de dos meses desde la fecha de su presentación en el servicio de atención al cliente o, en su caso, defensor del cliente, sin que haya sido resuelta.

En desarrollo del art. 31 LMRSF, y aplicación de la D.F.2ª. del R.D. 303/2004, se dicta la O.M. 734/2004, cit. en el núm. Marginal 296. En virtud de la primera norma, “*el Ministro de Economía establecerá los requisitos a respetar por el departamento o servicio de atención al cliente y el Defensor del Cliente, así como el procedimiento a que someta la resolución de las reclamaciones*”; así, se sustrae al Banco de España la facultad dispositiva de señalar los “*requisitos mínimos*” que, como vamos a comprobar a continuación, había de contar el Defensor del Cliente (bancario) u órgano equivalente, facultad otorgada en virtud de la D.F.1ª., ap. j), de la O.M. de 1989, pero que no ha sido desarrollada, y que ha de entenderse tácitamente derogada por la O.M. 734/2004.

El ap. 2 de la mencionada norma disponía que “*se considerará que existe Defensor del Cliente cuando una entidad o conjunto de entidades tenga establecida o se someta formalmente a institución u órgano creado con finalidad de salvaguarda de los derechos e intereses de sus clientes, y debidamente comunicado al Banco de España*”.

Hay que destacar el cambio de orientación que experimenta esta figura. En efecto, el núm. 9º., párr. 2º., ap. b), de la O.M. de 1989⁵²² señalaba el carácter facultativo de no admisión a trámite de una reclamación por el SRBE (“*podrá denegar*”, decía), si previamente ésta no se había realizado ante “*el Defensor del Cliente u órgano equivalente de la entidad afectada, caso de existir, y contar (éste) con los requisitos mínimos*”. En cambio, en la norma 14ª. de la CBE 8/1990 se establecía la obligatoriedad de este trámite previo (“*será imprescindible*”, disponía). Asimismo, en la Circular no se determinaron los requisitos mínimos a cumplir por el Defensor del Cliente u órgano equivalente de las entidades de crédito, pese a que en la D.F.1ª., ap. j), de la O.M. de 1989 se facultaba al Banco de España el desarrollo y la ejecución de la citada Orden, otorgándole, al mismo tiempo, la facultad dispositiva de señalar los citados requisitos mínimos⁵²³.

b”) Fases del procedimiento.

El procedimiento, en sí mismo considerado, para reclamar ante el SRBE venía determinado ampliamente en el núm. 9º., párr. 2º., de la O.M. de 1989⁵²⁴, y en la norma 15ª. y ss. de la CBE 8/1990.

⁵²² Este párr. 2º. ha sido derogado por la D.D. Única, ap. b), del R.D. 303/2004.

⁵²³ En virtud del ap. 2 de la norma 14ª. de la CBE 8/1990 [norma derogada por la D.D. Única, ap. c), del R.D. 303/2004], los únicos requisitos para considerar que existe Defensor del Cliente son dos: 1) que tenga por finalidad la salvaguarda de los derechos e intereses de los clientes, como requisito material (se obvia, empero, otra importante función, como es la resolución de controversias bancarias entre los clientes y la propia entidad); y 2) la comunicación debida al Banco de España, sin más especificaciones, como requisito formal.

⁵²⁴ Este párrafo ha sido derogado expresamente por la D.D. Única, ap. b), del R.D. 303/2004.

1º. Iniciación.

La norma 15ª. de la CBE 8/1990 disponía que “*el procedimiento de reclamación se iniciará a instancia de persona interesada, mediante escrito dirigido al SRBE*”⁵²⁵; pudiendo presentarse la reclamación directamente en el SRBE, radicado en la sede central del Banco de España, o en las sucursales de éste⁵²⁶.

En dicho escrito, continuaba la citada norma 15ª., se debía hacer constar: “*a) nombre, apellidos y domicilio del interesado y, en su caso, además, de la*

⁵²⁵ Esta norma ha sido derogada por la D.D. Única, ap. c), del R.D. 303/2004.

En la actualidad, el art. 28 LMRSF (desarrollado por el art. 7.1 RCDCSF) establece la ventanilla única, en cuya virtud “*cualquier consulta o reclamación a que se refiere el art. 24 de la presente Ley podrá ser presentada indistintamente ante cualquiera de los Comisionados, con independencia de su contenido*”. Por su parte, la D.A. Única del R.D. 303/2004 habilita al Ministerio de Economía para establecer los mecanismos necesarios para asegurar la comunicación entre sí por medios telemáticos de los sistemas de información de los diferentes CDCSF, así como con los departamentos de atención al cliente de las entidades de crédito, entidades aseguradoras y empresas de servicios de inversión y, en su caso, del defensor del cliente.

La presentación de quejas o reclamaciones se podrá efectuar por los siguientes medios: a) en soporte papel; o b) por medios informáticos, electrónicos o telemáticos (art. 7.2 RCDCSF).

Las quejas o reclamaciones se formularán indicando en todo caso (art. 7.3 RCDCSF):

“*a) Los datos identificativos del reclamante: nombre y apellidos, o denominación social en el caso de personas jurídicas, domicilio a efectos de notificaciones y número de identificación de las personas físicas o entidades, o, en su caso, datos del registro público de la entidad de que se trate. Si se presenta por medio de representante, se acreditará la representación por cualquier medio admitido en derecho.*

b) La identificación de la entidad reclamada, así como de la oficina o sucursal a que se refiere en su caso la queja o reclamación.

c) El motivo de la queja o reclamación que se presente en relación con sus intereses y derechos legalmente reconocidos, ya deriven de los contratos, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas o usos financieros, haciendo constar expresamente que aquélla no se encuentra pendiente de resolución o litigio ante órganos administrativos, arbitrales o jurisdiccionales. En ningún caso, podrá alegarse motivo distinto del aducido en la reclamación previa ante el departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, defensor del cliente, salvo que se refiera a hechos relacionados que se hubieran producido con posterioridad a su sustanciación.

d) Acreditar que ha transcurrido el plazo de dos meses desde la fecha de presentación de la reclamación ante el departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, defensor del cliente sin que haya sido resuelta, o que ha sido denegada la admisión o desestimada, total o parcialmente, su petición.

e) Lugar, fecha y firma.

Junto a las quejas o reclamaciones se deberá acompañar cuanta documentación resulte imprescindible para resolver las cuestiones planteadas como motivo de la queja o reclamación, sin perjuicio de que el comisionado recabe de la entidad reclamada la documentación que deba obrar en su poder en relación con aquéllas”.

⁵²⁶ Norma 16ª., derogada por la D.D. Única, ap. c), del R.D. 303/2004.

persona que lo represente, justificando la representación, (y) número de DNI para las personas físicas y datos referidos a registro público para las jurídicas; b) denominación o razón social de la entidad a que se refiere el escrito de la reclamación, y oficina u oficinas donde se hubieran producido los hechos objeto de la reclamación; c) hechos, razones y solicitud en que se concreten, con claridad, las cuestiones sobre las que se solicita el pronunciamiento del Servicio, haciendo constar expresamente que las mismas no son objeto de litigio ante los tribunales ordinarios de justicia; d) fecha en que fue presentada la reclamación al defensor del cliente de la entidad reclamada, caso de existir, justificando documentalmente dicha presentación o, en su caso, la denegación de su admisión o la resolución emitida; (y) e), lugar, fecha y firma”. Además, se debían aportar las pruebas documentales oportunas.

El SRBE sólo tramitará “*las reclamaciones que se formulen por escrito y se refieran a operaciones concretas*”.

2º. Apertura del expediente.

El SRBE “*abrirá un expediente por cada reclamación, en el que se incluirán todas las actuaciones relacionadas con la misma*”⁵²⁷; las partes tenían

⁵²⁷ Núm. 9º., párr. 2º., ap. a), de la O.M. de 1989 (ha sido derogado por la D.D. Única, ap. b), del R.D. 303/2004).

Ahora, en virtud del vigente art. 30.Segundo. de la LMRSF (desarrollado por el art. 8.3 RCDCSF), recibida la reclamación por el CDCSB, “*se verificará la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en los apartados anteriores y, si se cumplen los requisitos necesarios, se procederá a la apertura de un expediente por cada reclamación, en el que se incluirán todas las actuaciones relacionadas con la misma, en caso contrario se requerirá al reclamante para completar la información en el plazo de diez días, con apercibimiento de que si así no lo hiciese se dictará informe en el que se le tendrá por desistido de su reclamación*”.

No será preciso para la admisión y tramitación de quejas o reclamaciones ante el CDCSB “*acreditar haberlas formulado previamente al departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, al defensor del cliente, cuando tengan por objeto la demora o incumplimiento de una decisión que sea favorable al cliente*” (art. 8.4 RCDCSF).

Asimismo, según el art. 9.1 RCDCSF, se podrá acordar la acumulación de expedientes, para su tramitación conjunta, en los siguientes casos:

a) Cuando se trate de quejas o reclamaciones presentadas por distintas personas, y se refieran a la misma entidad, que coincidan con lo sustancial en los hechos o problemas puestos de manifiesto y solicitudes formuladas, o que sean coincidentes en su contenido.

acceso al correspondiente expediente. No obstante, conforme a lo establecido en el art. 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁵²⁸ (en adelante, LRJP), el Jefe de los Servicios Jurídicos podía disponer la acumulación de expedientes que guardasen íntima conexión⁵²⁹.

En esta fase, y antes de admitir a trámite la reclamación, se procedía a comprobar que la misma reunía los requisitos (objetivos, subjetivos y formales) exigidos. En tal sentido, el núm. 9º., párr. 2º., ap. b), de la O.M. de 1989 establecía que “*el Servicio de Reclamaciones podrá denegar la admisión de*

b) Cuando se trate de quejas o reclamaciones formuladas por una misma persona referidas a cuestiones de similar naturaleza, que no consistan en una mera reiteración.

El art. 10.1 RCDCSF recoge las causas de inadmisión de las quejas o reclamaciones:

“ a) Cuando se omitan datos esenciales para la tramitación, no subsanables, incluidos los supuestos en que no se concrete el motivo de las quejas o reclamaciones o no se acredite que ha transcurrido el plazo de dos meses desde la fecha de presentación ante el departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, defensor del cliente sin que haya sido resuelta, o que ha sido denegada la admisión o desestimada, total o parcialmente su petición, salvo que tenga por objeto la demora o el incumplimiento de la decisión del departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, al defensor del cliente que sea favorable al cliente.

b) Cuando se pretenda tramitar como quejas o reclamaciones reguladas en este procedimiento recursos o acciones distintas cuyo conocimiento sea competencia de los órganos administrativos, arbitrales o judiciales, o aquéllos se encuentren pendientes de litigio ante estos órganos.

c) Cuando los hechos, razones y solicitud en que se concreten las cuestiones objeto de las quejas o reclamaciones no se refieran a operaciones concretas o sean distintos de los aducidos ante el departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, defensor del cliente.

d) Cuando se articulen como quejas o reclamaciones, las consultas sobre derechos en materia de transparencia y protección a la clientela, así como sobre los cauces legales existentes para su ejercicio, sin perjuicio de que se acuerde su tramitación como tal consulta, de lo que se informará al interesado.

e) Cuando se formulen quejas o reclamaciones que reiteren otras anteriores resueltas sustancialmente iguales respecto del mismo sujeto y en méritos de idéntico objeto.

f) Cuando se presenten ante el Comisionado para la Defensa del Asegurado y del Partícipe en Planes de Pensiones reclamaciones en relación con seguros colectivos o planes de pensiones que instrumenten compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores o beneficiarios, que no se refieran a la condición de usuario de servicios financieros de las entidades aseguradoras o de entidades gestoras de fondos de pensiones.

g) Cuando haya transcurrido el plazo de extinción de acciones o derechos que de conformidad con lo previsto en los contratos o en la normativa reguladora que resulte de aplicación pueda ejercitar quien presente o aquel en cuya representación se presente la queja o reclamación de que se trate”.

⁵²⁸ BOE núm. 285, del 27; c.e. en BOE núm. 311, de 28 de diciembre, y BOE núm. 23, de 27 de enero de 1993.

⁵²⁹ Norma 18ª. de la CBE 8/1990, derogada por la D.D. Única, ap. c), del R.D. 303/2004. Originariamente, esta norma aludía a la antigua Ley de Procedimiento Administrativo de 1958; pero, a partir de la CBE 5/1994, de 22 de julio, se establece en su Norma Única que las referencias a dicha Ley deben entenderse realizadas a la LRJP.

*aquellas (reclamaciones) en las que se aprecie identificación insuficiente del denunciante, del denunciado o de los hechos objeto de la reclamación o no se haya realizado previamente reclamación ante el defensor del cliente u órgano equivalente de la Entidad afectada, caso de existir y contar con los requisitos mínimos*⁵³⁰. En tales supuestos, la norma 17ª. de la CBE 8 /1990 establecía el requerimiento al firmante, conforme al art. 71 LRJP, para completar la información en el plazo de 10 días, con apercibimiento de que, si así no lo hiciese, se archivaría la reclamación sin más trámite⁵³¹.

3º. Alegaciones.

*“Admitida la reclamación a trámite, será notificada a la Entidad afectada para que pueda hacer alegaciones. Cuando la reclamación se refiera a operaciones relativas a activos financieros emitidos por un tercero, también se pondrá en conocimiento de éste”*⁵³².

En virtud de la norma 19ª. de la CBE 8/1990, la entidad a quien se refiriese la reclamación debía ser oída, antes de la finalización del expediente, sin perjuicio de los datos que, de la misma, pudiese recabar el Servicio de Reclamaciones⁵³³. Todos los requerimientos que se formularsen a la entidad debían ser cumplimentados en el plazo de 15 días hábiles, transcurridos los cuales sin contestación se tenían por incumplidos, a los efectos procedentes, pudiendo continuar el procedimiento.

⁵³⁰ Este párrafo ha sido derogado expresamente por la D.D. Única, ap. b), del R.D. 303/2004.

⁵³¹ Sin embargo, el art. 71, tras su modificación por Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE núm. 12, del 14, c.e. en BOE núm. 16, del 19, y BOE núm. 30, de 4 de febrero), establece, en tal caso, el desistimiento de su petición, previa resolución, dictada en los términos del art. 42 LRJP.

⁵³² Núm. 9º., párr. 2º., ap. b), de la O.M. de 1989 (ha sido derogado por la D.D. Única, ap. b), del R.D. 303/2004).

Según el vigente art. 10.2 RCDCSF cuando no sean admisibles a trámite las quejas o reclamaciones, por alguna de las causas indicadas, se pondrá de manifiesto al interesado en informe motivado, dándole un plazo de 10 días hábiles para alegar en su caso. Cuando el interesado hubiera contestado y se mantengan las causas de inadmisión, se le comunicará la decisión final adoptada.

⁵³³ Esta norma ha sido derogada por la D.D. Única, ap. c), del R.D. 303/2004.

4º. Tramitación.

En esta fase, el SRBE podía recabar toda clase de información de las entidades sometidas a su competencia, relacionada con los expedientes que tramitase. Al respecto, se facultaba, con carácter excepcional, al Jefe de los Servicios Jurídicos para ordenar inspecciones sobre puntos concretos de la reclamación. En el requerimiento en que así se acordase, debía constar los extremos sobre los que versasen las comprobaciones y el nombre de las personas que las llevarían a cabo⁵³⁴.

5º. Terminación.

El expediente debía concluir con el informe a que se refería el núm. 9º., párr. 2º., ap. c), de la O.M. de 1989⁵³⁵, y que analizaremos a continuación. Expediente que debía resolverse en el plazo máximo de 3 meses, desde la última

⁵³⁴ Norma 13ª. de la CBE 8/1990, derogada por la D.D. Única, ap. c), del R.D. 303/2004.

Ahora, el art. 11 RCDCSF regula la fase de tramitación de la queja o reclamación. En su virtud:

- 1) Una vez se proceda a la apertura de expediente por cada una de las quejas o reclamaciones o se acuerde la acumulación de expedientes, en el plazo de 10 días hábiles, se informará al interesado de que su tramitación se entiende sin perjuicio de las acciones que le asisten para hacer valer sus derechos y de los plazos y cauces para su ejercicio,
- 2) Dentro de dicho plazo, igualmente, se remitirá a la entidad contra la que se dirija una copia de las quejas o reclamaciones y de los documentos aportados, para que en el plazo de 15 días hábiles presente las alegaciones y documentación que tenga por conveniente, transcurridos los cuales sin contestación se tendrán por incumplidos a los efectos de continuar la tramitación del expediente.
- 3) La entidad reclamada deberá dar respuesta directa al requerimiento formulado, que se comunicará a los interesados, que podrán manifestar en el plazo de 15 días hábiles su disconformidad.
- 4) Transcurrido el plazo de 15 días hábiles sin que la entidad reclamada hubiera formulado contestación, o transcurrido el plazo de 15 días hábiles para que los interesados muestren su posible disconformidad, en el caso de que la entidad en sus alegaciones proponga una solución para la reclamación, se emitirá el informe que dará por terminado el expediente.

⁵³⁵ Este párrafo ha sido derogado por la D.D. Única, ap. b), del R.D. 303/2004.

El vigente art. 12.1 RCDCSF establece que el expediente deberá concluir con un informe en el plazo máximo de 4 meses, desde la fecha de presentación de las quejas o reclamaciones en el SRBE, adscrito al CDCSB. Si ello no fuese posible, deberán hacerse constar expresamente en el informe final las causas que lo han impedido.

La falta de emisión del informe en dicho plazo no implicará la aceptación del motivo de las quejas o reclamaciones (art. 12.3 RCDCSF).

actuación que en él constase⁵³⁶; si no fuera posible la resolución en plazo, se debía hacer constar en el informe final las causas que lo habían impedido⁵³⁷. Asimismo, el informe había de notificarse a las partes⁵³⁸.

Por otra parte, junto a esta forma de terminación del procedimiento de reclamación, que podríamos calificar de normal, en cuanto que finalizaba habitualmente con la emisión de un informe, existían otros modos de terminación ante el SRBE, como son el allanamiento y el desistimiento⁵³⁹: 1) el allanamiento es un acto dispositivo, en virtud del cual la entidad de crédito reclamada, en la fase de alegaciones o durante la tramitación del procedimiento, y antes de que se emita el informe, muestra su conformidad con la pretensión del reclamante; y 2) el desistimiento, en cambio, consiste en una actuación del reclamante, solicitando por escrito al SRBE, en cualquier fase del procedimiento, también antes del preceptivo informe, que se dé por terminado el procedimiento, por él iniciado.

⁵³⁶ Sin embargo, el art. 42.3 LRJP, tras su modificación por Ley 4/1999, establece que este plazo, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, se contará “desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación”.

⁵³⁷ Norma 20ª. de la CBE 8/1990 [derogada por la D.D. Única, ap. c), del R.D. 303/2004].

⁵³⁸ Norma 22ª. de la CBE 8/1990 [derogada por la D.D. Única, ap. c), del R.D. 303/2004].

⁵³⁹ Actualmente, en el art. 13.1 RCDCSF se prevé expresamente el allanamiento de la entidad reclamada, según el cual: “Si a la vista del informe emitido en el expediente de reclamación, del que se dedujera que ha existido perjuicio para el reclamante en sus relaciones con la entidad reclamada, ésta rectificase su situación con aquél, conforme a lo previsto en sus conclusiones, deberá ponerlo en conocimiento del comisionado correspondiente a través del servicio de reclamaciones o unidad equivalente”.

Asimismo, el art. 14 RCDCSF dispone: “Los interesados podrán desistir de las quejas o reclamaciones en cualquier momento. El desistimiento dará lugar a la finalización inmediata del procedimiento en lo que a la relación con el interesado se refiere, sin perjuicio de la posibilidad de que el comisionado competente acuerde su prosecución por entender la existencia de un interés general en las cuestiones planteadas”.

Por su parte, el art. 14 de la O.M. 734/2004, regula, conjuntamente, el allanamiento y el desistimiento:

1) Si a la vista de la queja o reclamación, la entidad rectificase su situación con el reclamante a satisfacción de éste, deberá comunicarlo a la instancia competente y justificarlo documentalmente, salvo que existiere desistimiento expreso del interesado. En tales casos, se procederá al archivo de la queja o reclamación sin más trámite.

2) Los interesados podrán desistir de sus quejas y reclamaciones en cualquier momento. El desistimiento dará lugar a la finalización inmediata del procedimiento en lo que a la relación con el interesado se refiere. No obstante, el defensor del cliente podrá acordar la continuación del mismo en el marco de su función de promover el cumplimiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela y de las buenas prácticas y usos financieros.

d') *El informe del SRBE.*

a") *Configuración jurídica.*

Como acabamos de examinar en el procedimiento de reclamación, el expediente abierto concluía con el informe a que se refería el núm. 9º., párr. 2º., ap. c), de la O.M. de 1989⁵⁴⁰.

Tal informe, que debía ser motivado, había de contener unas conclusiones claras en las que, al menos, se hiciese constar si, de lo actuado, se desprendía quebrantamiento de normas de disciplina y si la entidad se había ajustado o no a las buenas practicas bancarias⁵⁴¹.

Por tanto, el informe se estructuraba en: 1) un encabezamiento, en donde se identificaban los sujetos de la reclamación (reclamante y reclamado); 2) una parte en la que se exponían, concisamente, los antecedentes de hecho y las alegaciones; 3) otra parte dedicada a las consideraciones jurídicas y de buena práctica bancaria; y 4) una última, en la que se recogían las conclusiones.

No obstante, el núm. 9º., párr. 2º., ap. d), de la O.M. de 1989 establecía que *“en caso de allanamiento o desistimiento de las partes, no se emitirá el informe, pero si el Servicio (de Reclamaciones) detectara en una Entidad (de crédito) la existencia de infracciones o prácticas indebidas, reiteradas o generalizadas, podrá formular a ésta las indicaciones pertinentes, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias o de otro orden que correspondan”*⁵⁴².

⁵⁴⁰ Este párr. 2º. ha sido derogado expresamente por la D.D. Única, ap. b), del R.D. 303/2004.

El actual art. 12.3 RCDCSF dispone que el expediente, que será motivado, deberá contener unas conclusiones claras en las que se haga constar si de lo actuado se desprende quebrantamiento de normas de transparencia y protección y si la entidad se ha ajustado o no a las buenas prácticas y usos financieros.

Asimismo, *“el informe será notificado a los interesados y a la entidad reclamada en el plazo de 10 días hábiles a contar desde su fecha”* (art. 12.4 RCDCSF).

Por otra parte, *“en el informe final no existe obligación de aplicar criterios manifestados en informes evacuados con anterioridad en resolución de quejas o reclamaciones por motivos similares, si bien deberá motivar el cambio de criterio”* (art. 12.5 RCDCSF).

⁵⁴¹ Norma 21ª. de la CBE 8/1990 [derogada por la D.D. Única, ap. c), del R.D. 303/2004].

⁵⁴² La D.D. Única, ap. b), del R.D. 303/2004 ha derogado este párr. 2º.

b”) Caracteres del informe del SRBE.

Ya hemos visto que el expediente había de concluir con “*informe motivado del Servicio*”, informe que presentaba los siguientes caracteres:

1º. Voluntariedad.

Este informe no era más que una mera opinión de autoridad, por el órgano que la emitía, pero que no era susceptible de generar derechos u obligaciones entre las partes. Por tanto, el SRBE no podía obligar legalmente a las entidades a cumplir con lo dictaminado en el informe, aunque, una vez emitido éste, debía dar cuenta a la Comisión Ejecutiva, a los efectos oportunos, si dedujera el quebrantamiento de normas de disciplina o detectara indicios de conductas delictivas, o de infracciones de diverso tipo (tributarias, de control de cambios, de consumo o competencia, o de otra naturaleza)⁵⁴³.

Es decir, el informe del SRBE podía ser voluntariamente asumido (lo que, en la práctica, era lo habitual) o no por las entidades, que tenían total libertad para, en su caso, rectificar, cuando ello fuese posible, o no, su conducta concreta, respecto a cada cliente-reclamante, en particular.

En definitiva, el informe podía presentar varios efectos⁵⁴⁴:

- 1) Si era favorable a la entidad, se archivaba el expediente, sin más trámite.

⁵⁴³ Norma 24ª. de la CBE 8/1990 [derogada por la D.D. Única, ap. c), del R.D. 303/2004].

El vigente art. 12.6 RCDCSF establece el mero carácter informativo del informe final del Comisionado.

Igualmente se pronuncia el art. 5.4 RCDCSF: “*En ningún caso, el informe que ponga término a las quejas o reclamaciones tendrá carácter vinculante para el reclamante ni para la entidad a que se refiera, sin perjuicio de remitir a los servicios de supervisión correspondientes aquellos expedientes en los que se aprecien indicios de incumplimiento o quebrantamiento de las normas de transparencia y protección de la clientela con arreglo a lo establecido en el art. 24.a) de la LMRSF*”.

El art. 15 RCDCSF extiende las conductas sancionables a aquellos supuestos en los que “*se detecten indicios de conductas delictivas, o de infracciones tributarias, de consumo o competencia, o de otra naturaleza*”, debiendo ponerlo, también, en conocimiento del organismo de supervisión al que esté adscrito.

⁵⁴⁴ Norma 23ª. de la CBE 8/1990 [derogada por la D.D. Única, ap. c), del R.D. 303/2004].

2) Si era favorable al reclamante, se le concedía un mes a la entidad para que acreditase haber rectificado su actuación; si, en dicho plazo, no había tenido lugar ello, también se archivaba el expediente, que quedaba como antecedente, a los efectos legales que procediesen, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas o de otro orden en que hubiese podido incurrir la entidad.

2°. No ejecutividad.

El informe del SRBE carecía de ejecutividad propia, al no tener la naturaleza jurídica de resolución administrativa⁵⁴⁵. De ahí que el SRBE no podía fijar indemnizaciones o decretar la entrega de determinadas cantidades, como solicitaban la gran mayoría de los reclamantes, pues tales decisiones, dotadas de un cierto carácter ejecutivo, es competencia de los Tribunales de Justicia.

3°. Inimpugnabilidad.

Precisamente, la no consideración del informe del SRBE como resolución administrativa, impedía que pudiese impugnarse⁵⁴⁶. Sin embargo, los reclamantes disconformes con el contenido y los efectos del informe habían buscado otras vías para dar satisfacción a sus pretensiones:

1) En algunas ocasiones, intentaban plantear el recurso ordinario ante el Ministerio de Economía y Hacienda, al amparo de la LRJP; en este punto, y a falta de un pronunciamiento jurisdiccional, cabía destacar la Resolución ministerial de 1 de marzo de 1996, en donde se admitía el recurso ordinario, en

⁵⁴⁵ Igualmente, el CDCSB es un órgano administrativo carente de funciones ejecutivas y ejecutorias (art. 5.1 RCDCSF). Por tanto, no puede “*decidir ni pronunciarse sobre los daños y perjuicios que eventualmente haya podido ocasionar a los usuarios de los servicios financieros la actuación, incluso sancionable, de las entidades sometidas a supervisión, ni facilitar valoración económica alguna*” (art. 5.3 RCDCSF).

⁵⁴⁶ Asimismo, las actuaciones o los informes que emita el CDCSB “*no tendrán la consideración de actos administrativos, por lo que no serán susceptibles de recurso alguno*” (art. 5.1 RCDCSF), “*con independencia de los que pudieran proceder en los procedimientos gubernativos, arbitrales o judiciales*” (art. 5.2 RCDCSF).

base al art. 2 LABE, respecto a los actos administrativos del Banco de España, que fuesen de tipo decisorio o de tramitación, así como las sanciones que éste impusiese⁵⁴⁷, pero no las actuaciones de carácter meramente informativo o de consulta, que aquí concurría.

2) En otras ocasiones, la mayoría, los reclamantes también habían intentado que algún órgano de gobierno del Banco de España (generalmente, el Gobernador, y, en menor medida, la Comisión Ejecutiva) *revocase* el informe del SRBE. Ello no era posible, en virtud del principio, recogido en el art. 12.1 LRJP, de que “*la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia*”. En este sentido, el art. 53.1 LRJP establece que “*los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente*”; y, por tanto, no podrá intervenir ningún otro órgano de la Administración actuante. Por ello, también se rechazaba la solicitud de algún reclamante de que se emitiesen de nuevo, por otros órganos del Banco de España, informes motivados de todo lo expuesto en sus reclamaciones, pues, cuando el SRBE emitía su informe, se consideraba dictado por el Banco de España, rechazándose las reclamaciones sobre las que ya hubiera recaído informe⁵⁴⁸.

4º. Valor probatorio.

Últimamente, se observó un paulatino incremento de reclamaciones presentadas por profesionales del Derecho, con el objeto de preconstituir una prueba pseudopericial ante el órgano judicial competente, en base al informe del SRBE. Si bien ello era posible, y podía ayudar al juzgador a formar su convicción

⁵⁴⁷ El art. 2.2 LABE alude a los actos administrativos que dicte el Banco de España en el ejercicio de otras funciones, así como a las sanciones que imponga. El ejercicio de estas “*otras funciones*” debían ser del tipo decisorio o de tramitación, a que se refiere el art. 107.1 LRJP.

⁵⁴⁸ Norma 26ª. de la CBE 8/1990 [derogada por la D.D. Única, ap. c), del R.D. 303/2004].

sobre los hechos planteados⁵⁴⁹, no hay que olvidar que el informe se había dictado tomando como base los documentos aportados por las partes, los cuales podían ser insuficientes o, incluso, estar manipulados; por tanto, esta prueba podía ser invalidada por cualquier otra, admitida en Derecho (testifical, pericial, confesión).

e) La Memoria del SRBE.

a') Justificación de su análisis.

El núm. 9º., párr. 3º., de la O.M. de 1989 establecía⁵⁵⁰, al igual que lo hacía la O.M. de 3 de marzo de 1987⁵⁵¹, a la que derogó, que anualmente se publicaría una Memoria del Servicio de Reclamaciones, que debía incluir: 1) el resumen estadístico de los expedientes tramitados; 2) una descripción de las reclamaciones cuyos expedientes hayan concluido con informe favorable al reclamante, con expresión de los criterios que justifican las resoluciones, las

⁵⁴⁹ Así, p.ej. en la SAP de Madrid (Sección 14ª.), de 26-5-1998 (Rollo de Apelación núm. 1288/1996) (AC 1998\7204), F.D.3º., admite el informe emitido en el período probatorio del juicio, por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, “*con relación al préstamo (hipotecario) litigioso, que considera que, las cuotas del cuadro de amortización de que se trata, calculadas por el sistema de cuotas fijas comprensivas de amortización progresiva de capital más intereses sobre el importe de ésta en cada momento, sobre el principal, intereses y vencimientos trimestrales pactados hasta el término de la amortización, son correctas*”.

⁵⁵⁰ Este párr. 3º. ha sido derogado por la D.D. Única, ap. b), del R.D. 303/2004.

En el régimen jurídico vigente, hay que advertir que el art. 25.4 LMRSF habilita al Gobierno para desarrollar reglamentariamente lo relativo al contenido de la memoria anual a que se refiere el artículo siguiente.

Así, en el art. 26 LMRSF se establece que anualmente se publicará una Memoria de cada uno de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros (entre ellos, el CDCSB), en la que, al menos, deberá incluirse el resumen estadístico de las consultas y reclamaciones atendidas así como el comentario sobre los informes emitidos y las entidades afectadas, con indicación, en su caso, del carácter favorable o desfavorable para el reclamante.

Este precepto se desarrolla en art. 18 RCDCSF, que regula el contenido de la Memoria anual, único artículo que conforma el Capítulo V del citado Reglamento. En su virtud, el CDCSB dará cuenta de la gestión realizada en una memoria anual que será publicada y remitida con carácter previo al órgano u organismo de supervisión al que esté adscrito, para su conocimiento.

⁵⁵¹ Cit. en el núm. Marginal 387.

entidades afectadas y las infracciones o prácticas indebidas; 3) un resumen de los criterios aplicados en las resoluciones favorables a las entidades, cuando presenten interés general para el público; y 4) un resumen de las reclamaciones en que, por haberse producido allanamiento o desistimiento, no se haya emitido informe.

Desde 1987, año de su creación, el SRBE ha publicado su Memoria todos los años, utilizando un lenguaje claro y didáctico, que ha permitido su comprensión por el público en general. Permitiendo conocer exactamente, a través de los informes favorables al reclamante que, en ella, se recogen, aquellas actuaciones de las entidades de crédito que infringen las normas de disciplina bancaria, o bien son contrarias a las buenas prácticas y usos bancarios (*sensu contrario*, es posible inducir estos usos bancarios y buenas prácticas bancarias).

b') Criterios de interés general.

En este apartado, nos referimos a los criterios y opiniones del SRBE, considerados de interés general para el público, y que se integran en la Memoria, en virtud del núm. 9º., párr. 3º., de la O.M. de 1989⁵⁵².

De un lado, se aludía a una serie de criterios generales, cuyo interés quedaba justificado, en unos casos, por la frecuencia con que se repetían ciertas situaciones en la operativa bancaria; y, en otros casos, por tratarse de asuntos novedosos que, hasta su implantación, presentaban algunas dudas de aplicación práctica, tanto en las entidades como en la clientela.

Y, de otro lado, también se enunciaban las “*buenas prácticas bancarias*” que se habían puesto de manifiesto en concretos expedientes, que el SRBE adoptaba al decidir sobre una controversia, y que las fundamentaba en el Derecho común y en los principios generales del Derecho (en particular, la equidad), tratando de llegar a una solución, a tenor de la convicción moral sobre las

⁵⁵² En el núm. Marginal 319 hemos visto que el párr. 3º. del núm. 9º. de la O.M. de 1989, ha sido derogado por la D.D. Única, ap. b), del R.D. 303/2004.

conductas manifestadas por las partes. Estos principios, aplicados en cada operación concreta, permitían crear una “doctrina”, ante la ausencia de una recopilación propiamente dicha, en la que cimentar la base de lo que debía ser una correcta práctica bancaria⁵⁵³; lo cual posibilitaba uniformar, en cierta medida, el contenido de las relaciones cliente-entidad de crédito.

E.- LA JURISPRUDENCIA BANCARIA.

La jurisprudencia de los órganos judiciales merece una consideración especial, como fuente de conocimiento de los usos bancarios, ante la ausencia de textos que los hayan recopilado y sistematizado.

a) Notas preliminares.

a') Significado y carácter de la jurisprudencia.

El examen de la jurisprudencia es de gran importancia para el conocimiento del desarrollo histórico del Derecho. Específicamente, la jurisprudencia consular medieval desempeñó un papel destacado en la formación y el desarrollo del Derecho mercantil, en una época caracterizada por la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos. Esta labor fue difuminándose, a medida que aumenta la tendencia de unificación jurídico-política del Estado moderno⁵⁵⁴.

⁵⁵³ RUBIO VILAR, J., «Protección de...», cit., pp. 763 y ss.

⁵⁵⁴ El Código de Sáinz de Andino, de 1829, significó la estatalización de la jurisdicción mercantil, aunque se configura como jurisdicción especial, en reconocimiento a la posición tradicional que el ordenamiento de los mercaderes desempeñó en el Derecho estatal. En su virtud, los consulados son sustituidos por Tribunales Especiales de Comercio.

La mencionada tendencia centralizadora es general y continua en el tiempo. En el ámbito de la administración de justicia, la jurisdicción mercantil observa un período de transición, como jurisdicción autónoma, que culmina en el Decreto de 6 de diciembre de 1868, sobre unificación

El significado de la jurisprudencia, frente al existente en el Antiguo Régimen, como fuente de creación del Derecho por delegación del monarca, ha sido reducido en las épocas moderna y contemporánea al de “doctrina que resulta de las decisiones judiciales”, que el Tribunal Supremo, tal y como se establece en el art. 1.6 CC⁵⁵⁵, genera al complementar el ordenamiento jurídico, que se entiende está dotado de plenitud.

No obstante, en nuestros días estamos asistiendo a una “crisis de la legalidad”, como consecuencia de la mayor complejidad de la sociedad moderna, que obliga a la ley a un permanente proceso de adaptación a las nuevas exigencias que ésta demanda, siendo muy frecuente un desfase entre la norma estatal y la propia sociedad. En estas circunstancias, los márgenes de actuación de la jurisprudencia están siendo ampliamente reforzados, como se

de fueros (Gaceta núm. 341, del 7), que supone su total desaparición, al integrarse los Tribunales Especiales de Comercio en el poder judicial estatal, que se consolida plenamente. El art. 25, párr. 1º., de este Decreto se expresa en los siguientes términos: “*En todos los artículos que el Código de Comercio se refiere a los Intendentes, y el mismo Código o la Ley de Enjuiciamiento en negocios y causas mercantiles en la parte que se conserva, hacen mención de los Tribunales de Comercio, o Jueces Comisarios de quiebra, se sustituirán a la palabra Intendentes la de Gobernadores de provincia, a las de Tribunales de Comercio las de Jueces de Primera Instancia y a la de Jueces Comisarios las de Comisarios*”.

Últimamente, se ha producido una reestructuración de la jurisdicción ordinaria, que ha afectado al orden jurisdiccional civil, del que se ha separado un nuevo orden jurisdiccional mercantil. Así, al hilo de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164, del 10), que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004, se crean los Juzgados de lo Mercantil en la L.O. 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (BOE núm. 164, del 10), por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. El art. 2.7 de la L.O. 8/2003, en cuya virtud se introduce en la LOPJ un nuevo art. 86 ter, circunscribe competencialmente los Juzgados de lo Mercantil a materias concursales (*vid.* art. 86 ter, ap.1, de la LOPJ), aunque se les añaden otras cuestiones que son de la competencia del orden jurisdiccional civil, previstas en el nuevo art. 86 ter, ap. 2, de la LOPJ (relativas, entre otras, a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual, publicidad, transportes, Derecho Marítimo); asimismo, conocerán “*de los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje cuando vengan referidos a materias contempladas en este apartado (segundo)*” [art. 86 ter, ap. 2.g), de la LOPJ, según la nueva redacción dada por el art. 1 de la L.O. 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (BOE núm. 309, del 26)].

No obstante, como advierte la Exposición de Motivos de la L.O. 8/2003, “*la denominación de estos nuevos juzgados alude a la naturaleza predominante en las materias atribuidas a su conocimiento, no a una identificación plena con la disciplina o la legislación mercantil, siendo así que, ni se atribuyen en este momento inicial a los juzgados de lo mercantil todas las materias mercantiles, ni todas las materias sobre las que extienden su competencia son exclusivamente mercantiles*”.

⁵⁵⁵ Sin embargo, tras la aprobación de nuestra Constitución de 1978 y la conformación de distintas esferas competenciales (Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y Tribunal Europeo de Derechos Humanos), se puede hablar de la existencia de varias jurisprudencias.

puede apreciar en el art. 3.1 CC, tras la reforma de 1974, que impone a los jueces que el ejercicio de su función se adecue a las nuevas demandas sociales [tal deber se desprende del precepto cuando establece que “*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con (...) la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, (...)*”]⁵⁵⁶.

Es por ello que, al tratar el tema del carácter de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como hipotética fuente del Derecho, encuadrada en la categoría de “fuentes discutidas”, haya que descartarlo, tal y como mantiene la mayor parte de la doctrina científica, por varias razones:

1) La función de la fuente jurídica es crear normas, y la jurisprudencia no las crea, siendo su función estrictamente la de interpretar y aplicar el Derecho, esto es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como proclama el art. 117.3 CE; lo contrario supondría reconocer potestad legislativa a la jurisprudencia, lo que vulneraría el principio de división de poderes, sobre el que se asienta nuestro Estado de Derecho⁵⁵⁷. La genuina función de la jurisprudencia es la interpretación y aplicación de las reconocidas como fuentes del Derecho (ley, costumbre y principios generales del derecho)⁵⁵⁸. Y, por tanto, las decisiones del Tribunal Supremo no vinculan más allá del caso concreto en que han sido dictadas, siendo el carácter de generalidad un carácter intrínseco a toda fuente del Derecho, si bien al imponerse a los Tribunales inferiores, y debido a la

⁵⁵⁶ RUIZ VADILLO, tras la reforma del Título Preliminar del Código Civil, ya se expresaba en estos términos: “A nuestro juicio el nuevo título preliminar fortalece el poder del Juez al encomendarle expresamente una cierta tarea correctora de la norma legislativa, poder que entraña, es cierto, un riesgo de erosión del principio de seguridad, pero que viene a ser el precio, ciertamente pequeño, que la sociedad va a pagar en aras de una mayor justicia” (RUIZ VADILLO, E., «Algunas ideas...», cit., p. 90).

⁵⁵⁷ Vid. SERRANO ALBERCA, J. M., «Comentario al artículo 117», en *Comentarios a la Constitución* (dir. por GARRIDO FALLA), Madrid, 1980, pp. 1181 y ss.

⁵⁵⁸ La interpretación de las fuentes del Derecho se concreta en dos ámbitos:

1) Por un lado, una interpretación terminológica, “*en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*”, como se dispone en el art. 3.1 CC; de forma que ello permita establecer el significado y el efecto de términos oscuros o confusos.

2) Por otro lado, una interpretación integradora de las normas, aparentemente contradictorias, con el objetivo de mantener la coherencia sistemática del ordenamiento jurídico.

fuerza moral del alto Tribunal, que le alcanza a sí mismo, su ámbito de eficacia esté muy próximo al de las fuentes normales.

2) El actual art. 1.1 CC (o el antiguo art. 6 CC antes de la reforma de su Título Preliminar) sólo cita a la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho como fuentes del ordenamiento jurídico español, excluyendo así a la jurisprudencia en el sistema de las fuentes del Derecho⁵⁵⁹. En igual sentido, en el párr. 10 de la Exposición de Motivos de la reforma se dice que “*a la jurisprudencia, sin incluirla dentro de las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico*”⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ Los primeros trabajos prelegislativos dedicados a la reforma del Título Preliminar del Código Civil ya abordaron el tema del carácter o no de la jurisprudencia como fuente del Derecho, como se expresaba el siguiente acta: “No olvidar la jurisprudencia, que falta como fuente de derecho en la ponencia del señor Casso, siempre que estuviera consagrada por la práctica, a lo que arguye el señor Callejo, si no sería más conveniente sustituir la palabra consagrada por esta otra: reiterada. Así se acuerda” (ARCHIVO DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Acta de la Sesión celebrada por la Sección primera de Derecho Civil el día 11 de diciembre de 1940*, f. 2).

En la siguiente sesión, don FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, al tratar nuevamente la posible enumeración de las fuentes del Derecho, señaló que “la inclusión de la jurisprudencia es necesaria cuando sea reiterante”; pero el señor CASSO apuntó que el incluirla con categoría de Derecho objetivo le parecía demasiado y que “tal vez mejor sería establecerla como *fuerza subsidiaria* o en defecto de las de naturaleza objetiva” (ARCHIVO DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Acta de la Sesión celebrada por la Sección primera de Derecho Civil el día 18 de diciembre de 1940*, f. 3).

⁵⁶⁰ La declaración de principios de la Exposición de Motivos, en su ap. 10, se manifiesta en el art. 1.6 CC, que integra la jurisprudencia dentro del Capítulo I (“*Fuentes del Derecho*”), como novedad, no exenta de conflictos doctrinales.

La realidad jurídica se muestra positivamente incompleta. Por ello, DE LA VEGA BENAYAS sostiene que la sutil distinción entre lo que dice el art. 1.6 CC de que “*la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico*” y el término “*completará*” desaparece por fuerza ante lo dispuesto en el núm. 7 –“*deber inexcusable de resolver en todo caso*”– obliga al Juez a “completar” el ordenamiento jurídico (DE LA VEGA BENAYAS, C., «La doctrina de las fuentes...», cit., p. 243).

Precisamente, en el art. 1.7 CC se dispone la prohibición del *non liquet* (según este precepto, “*los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido*”).

Esta prohibición ya estaba formulada en el antiguo art. 6.1 CC (“*El Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad*”); pero, ahora, no se asocia responsabilidad alguna en el Código Civil (esta materia se contempla expresamente en el Título III del Libro IV de la LOPJ), y se incluye la expresión “(...) *ateniéndose al sistema de fuentes establecido*”, para referirse a las fuentes del ordenamiento jurídico español, mencionadas en el art. 1.1 CC, que en el originario art. 6 CC se aludía, a renglón seguido, de forma indirecta.

La obligación del Juez de fallar se remonta al art. 12 del Proyecto de Código Civil de 1851 (tomado del art. 4 Code civil francés), según el cual: “*El juez que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad*”. Por tanto, el Juez, en cumplimiento de esta obligación de fallar, debía realizar una labor de interpretación e integración de la ley, en los supuestos de “*silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes*”. En

3) El propio Tribunal Supremo señala que *“la jurisprudencia, aun cuando en principio no pueda considerarse como fuente estricta o formal del Ordenamiento a tenor del párrafo 1 del artículo 1 del Código Civil, es evidente que aquélla viene a complementar y remodelar dicho Ordenamiento a través de la doctrina reiterada que establezca, como se reconoce en el párrafo 6 del mismo precepto, por lo que no cabe desconocer la verdadera «trascendencia normativa» de la jurisprudencia”*⁵⁶¹.

Estas palabras del Tribunal Supremo revelan que la jurisprudencia se configura como un elemento conformador de un Derecho *dinámico*, asentado en las decisiones judiciales sobre casos particulares, frente al Derecho *estático* que representa la norma jurídica, definida por su generalidad y permanencia. Por tanto, la relación de complementariedad entre dichos ámbitos de actuación deviene en necesaria, una vez que el art. 1 CC ha descartado que la jurisprudencia pueda ser fuente del Derecho (ap. 1), y que se reconoce la insuficiencia del ordenamiento jurídico para regular toda la realidad social, aunque conceptualmente se propugne su plenitud jurídica (ap. 6).

Precisamente, la doctrina jurisprudencial reiterada es de gran utilidad práctica, como señala URÍA, por “el alto valor persuasivo y ejemplar que tiene la Jurisprudencia al señalar el modo de aplicar el Derecho, y su eficaz contribución a la formación del Derecho consuetudinario con la repetición uniforme de un mismo criterio en diferentes fallos”⁵⁶². Sin embargo, hay que

definitiva, como señala ESPIAU, se estableció una regulación conjunta en materia de interpretación (“*oscuridad*”) e integración (“*silencio*”, “*insuficiencia*”) de la ley, pero no se señalaron los medios a los que el Juez debía acudir para desempeñar dicha labor, que se deja a su discreción (ESPIAU ESPIAU, S., «La introducción...», cit., pp. 765 y ss.).

La anterior insuficiencia se completará en el Proyecto de Código Civil de 1882 que, a partir del reconocimiento de esa obligación de los Jueces y Tribunales de fallar en todo caso, se establecen los mecanismos (analogía, principios generales del Derecho) para suplir el silencio o la insuficiencia de la ley, en orden a la integración legal; manteniéndose la discrecionalidad del Juez en su tarea interpretativa.

⁵⁶¹ STS (Sala de lo Civil), de 12-12-1990 (RJ 1990\9997), F.D.3º.

En este sentido, en la STS (Sala de lo Civil), de 12-2-1996 [(Recurso núm. 2445/1992) (RJ 1996\1247)] se declara que *“una vez más el Tribunal de la Instancia incurre en confusionismo jurídico y en desatención a la jurisprudencia de esta Sala de Casación Civil, ya que el artículo 1.6 del Código Civil obliga a ser acatada y aplicada por los juzgadores, al actuar como complementación del ordenamiento jurídico y conforme a la jurisdicción que le otorga el artículo 123.1 de la Constitución”* (F.D.2º).

⁵⁶² URÍA, R., *Derecho Mercantil*, cit., p. 23.

indicar que el Tribunal Supremo no está vinculado a su propia doctrina, la cual puede modificar cuando lo considere oportuno⁵⁶³, siempre con sujeción a la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, y a la ley, a las que están sometidos todos los Jueces y Tribunales⁵⁶⁴.

b') La jurisprudencia en materia de usos de comercio.

En cuanto a la función que nuestro Tribunal Supremo asigna a los usos de comercio es difícil de conocer dadas las escasas sentencias en las que se ha pronunciado nuestro máximo órgano judicial. No obstante, se pueden reconocer dos funciones básicas en las decisiones que ha adoptado⁵⁶⁵:

1) Por un lado, se admite, en base al art. 2 CCo., la función supletoria de los usos de comercio, “*en defecto de disposiciones contenidas en el Código*”⁵⁶⁶,

⁵⁶³ Como señala el máximo Tribunal, “*el cambio de criterio jurisprudencial es permitido por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siempre que no sea arbitrario y esté motivado, sin exigir nunca que previamente se anuncie, ni limitar sus efectos para el futuro, no para resolver el caso en que se produce el cambio ni los iniciados rigiendo el criterio que se modifica*” [STS (Sala de lo Civil), de 11-12-1997 (Recurso de casación núm. 1791/1994) (RJ 1997\8973), F.D.1º.].

⁵⁶⁴ En este sentido, los Jueces y Tribunales “*interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*” [art. 5.1 de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, del 2; c.e. en BOE núm. 264, de 4 de noviembre)]. Asimismo, el art. 6 LOPJ establece que “*los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa*”.

⁵⁶⁵ No obstante, OTERO LASTRES aprecia una tercera función de los usos de comercio, reconocida implícitamente por el Tribunal Supremo [alude a las SSTs de 30-4-1966 (RJ 1966\2172) y 14-4-1980 (RJ 1980\1415)], consistente en “*constituir una declaración de voluntad de los contratantes, que haga inaplicables preceptos de carácter dispositivo del propio Código de Comercio*”, pues dichos usos representan una declaración de voluntad de los contratantes, y, en consecuencia, se aplican con preferencia a las normas de carácter dispositivo (OTERO LASTRES, J. M., «La interpretación...», cit., pp. 16 y 17).

⁵⁶⁶ Así, la STS de 2-4-1925 (JC, t. 166, núm. 7) reconoce que “*es, efectivamente, cierto que los usos de comercio observados generalmente en cada plaza regirán en cuanto a los actos de comercio en defecto de disposiciones contenidas en el Código*” (Cdo. 2º).

Por su parte, en la STS de 16-6-1967 (RJ 1967\2921) se admite el pago, mediante letras de cambio, de los suministros efectuados a un barco pesquero, pues se aprecia que “*es uso mercantil en la plaza (de Ceuta) dicho medio de pago*” (Cdo. 4º).

concibiéndose, por tanto, como normas de Derecho objetivo, equiparables a la costumbre⁵⁶⁷; esto es, se tratan de usos normativos.

2) También existen sentencias⁵⁶⁸ en las que, junto a la función supletoria respecto a las disposiciones legales, también se acepta que los usos de comercio constituyen una regla para interpretar las cláusulas oscuras, concisas o poco exactas de los contratos, función contemplada en el art. 59 CCo., en relación con el art. 2 del mismo cuerpo legal; es decir, se refieren a los usos interpretativos.

Como señala OTERO LASTRES, una manera de adoptar un uso en un contrato consiste en mencionarlo, pero confiriéndole los propios contratantes un significado determinado, en cuyo caso “estamos ante un uso cuyo alcance y contenido ha sido querido por las partes y respecto del cual el Tribunal debe limitarse, en principio, a una simple labor de interpretación”⁵⁶⁹.

b) La jurisprudencia y los usos bancarios.

Respecto a los usos bancarios, la jurisprudencia desempeña un papel importante en el conocimiento de su existencia y contenido, dado el ámbito de deslegalización contractual en el que se desenvuelven; esto es, de ausencia de una regulación legal específica, que no genérica, de los contratos bancarios, reconducible, básicamente, a las normas generales sobre obligaciones y

⁵⁶⁷ Vid. el ap. II.-C.-b), sobre la cuestión de la distinción o equiparación entre el uso de comercio y la costumbre.

⁵⁶⁸ Entre otras, la STS de 14-11-1951 (RJ 1951\2714) expresa que “*los usos de comercio observados generalmente en cada plaza no sólo constituyen una norma supletoria de derechos, sino que deben aplicarse también, como expresamente se dijo en la exposición de motivos del Código de Comercio vigente, como reglas “para resolver los diversos casos particulares que ocurran, ya supliendo las cláusulas insertas generalmente en los actos mercantiles, ya fijando el sentido de las palabras oscuras, concisas o poco exactas que suelen emplear los comerciantes” (...)*” (Cdo. 5º).

Asimismo, la STS de 2-7-1973 (RJ 1973\2931) aclara que “*en lo que afecta a los usos mercantiles, aunque el citado art. 50 (del Código de Comercio) llama expresamente a las reglas generales del derecho común para completar las disposiciones del Código de Comercio y de las leyes especiales, omitiendo los usos llamados «normativos», el art. 59, en relación con el segundo del propio Código, requiere la aplicación de los usos denominados «interpretativos» para resolver las dudas que pueden suscitarse en torno al sentido y alcance de los contratos de comercio*” (Cdo. 1º).

⁵⁶⁹ OTERO LASTRES, J. M., «La interpretación...», cit., p. 20.

contratos, o a las normas relativas a ciertos contratos mercantiles (p.ej. la comisión mercantil, art. 244 y ss. CCo.).

Aquí, la jurisprudencia permite mantener una doctrina útil en la configuración de cada modelo contractual, en cuanto que, en virtud del art. 3.1 CC, ha de estar adaptada a la *realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas* las normas (incluidas las consuetudinarias, no sólo las normas legales), impidiendo la inmutabilidad en su interpretación de las normas. Este canon hermenéutico sociológico permite la fiel adecuación de la norma a la realidad, por lo que las conceptuaciones jurisprudenciales en este sentido son una importante fuente de conocimiento; no obstante, no se debe abusar del criterio sociológico de interpretación de las normas, pues la mutabilidad interpretativa puede producir inseguridad jurídica.

El Tribunal Supremo mantiene una posición de cautela en cuanto a la interpretación y aplicación de los usos bancarios como “usos de comercio”, tal y como se contemplan en el art. 2 CCo., esto es como auténticos *usos normativos*, como fuentes del Derecho mercantil; y establece la necesidad de diferenciarlos de lo que son meras prácticas bancarias, aunque éstas sean frecuentes y reiteradas por los propios bancos⁵⁷⁰.

Distinto es el caso de los *usos interpretativos*, en donde el juzgador realiza una función interpretativa de los términos comerciales, acorde con el sentido habitual que tienen reconocido en el tráfico mercantil⁵⁷¹. Aquí, la jurisprudencia

⁵⁷⁰ La SAP de Granada (Sección 3ª.), de 11-9-2000 (Recurso de Apelación núm. 390/2000) (AC 2000\2379), es clara en este punto, afirmando: “*En cuanto a los usos negociales, que supone la existencia de una conducta repetida y uniforme en el mundo de proceder de los negocios, hay que alegarla y también probarla [(STS 16 noviembre 1994 (RJ 1994\8837)]. En cuanto a los usos bancarios, el TS es prudente en su aplicación como costumbre mercantil «ex» artículo 2 del CCom, debiéndose diferenciar entre lo que son propiamente usos bancarios y lo que son meramente prácticas bancarias*” (F.D.3º.); y, a continuación, menciona, al respecto, las SSTS (Sala de lo Civil), de 29-4-1983 (RJ 1983\2198); 21-4-1988 (RJ 1988\3269); y 11-7-1994 (Recurso núm. 2453/1991) (RJ 1994\6387).

⁵⁷¹ Estos usos, hemos visto, según el tenor del art. 1 CC, no son fuente del Derecho, aunque sí se pueden concebir como “fuentes de las obligaciones contractuales”, según se desprende del art. 1287 CC, esto es como criterio integrador de la voluntad contractual de las partes intervinientes.

del Tribunal Supremo⁵⁷², al señalar su existencia y el significado a asignar, desempeña un papel destacado en la elaboración teórica de los distintos moldes contractuales bancarios, en un ámbito caracterizado por su atipicidad jurídica.

La jurisprudencia (principalmente la jurisprudencia menor) también ha desempeñado un papel fundamental en la protección de los usuarios bancarios en el enjuiciamiento de condiciones generales contractuales abusivas establecidas por una entidad crédito⁵⁷³, en las cuales se pueden plasmar distintos usos bancarios. Ello se justifica, aun cuando exista un conjunto de normas legales, de protección general de los consumidores (básicamente, la LGDCU, la LCC y la LCGC), incluidos los clientes bancarios, por la ausencia de una normativa integradora de este importante sector contractual, como es el bancario, que, como hemos visto en el ap. III.-A.-a), se configura como un típico *Derecho sectorial*⁵⁷⁴.

⁵⁷² Esta función no es exclusiva de él, como tendremos ocasión de comprobar en la SEGUNDA PARTE, pues también desempeñan una importante labor interpretativa los demás órganos judiciales, si bien aquél está revestido de una autoridad especial, dotada por la ley y su doctrina elevada.

⁵⁷³ Así, en materia de intereses de descubiertos en cuenta corriente, la SAP de Córdoba (Sección 2ª.), de 22-3-1996 (Rollo de Apelación núm. 63/1996) (AC 1996\543), F.D.3º., entiende “*en el caso que nos ocupa no consta que se informara a la parte demandada sobre los preceptos de dicha legislación específicamente aplicables al supuesto mediante la entrega de las disposiciones referidas*”, relativas a cuentas a plazo, retribuciones por intereses y comisiones de los descubiertos en cuenta, a las que hace mención la cláusula particular en cuestión, confirmando la sentencia de instancia, que declara la nulidad de dicha cláusula, por entender que es contraria al art. 10.1.a) LGDCU.

⁵⁷⁴ Como señala CUÑAT EDO / MARIMÓN DURÁ / GONZÁLEZ CASTILLA, “la realidad está en los formularios y las condiciones generales utilizadas por las entidades de crédito”; y, añade, a continuación, que “en este sentido, la jurisprudencia puede jugar un papel decisivo en la labor de fijación y difusión del Derecho vivo, sobre todo cuando existe un déficit de normas sustantivas, como nos ocurre en la contratación bancaria” (CUÑAT EDO, V. / MARIMÓN DURÁ, R. / GONZÁLEZ CASTILLA, F., «El análisis de la jurisprudencia...», cit., p. 38).

SEGUNDA PARTE

**RECOPIACIÓN DE USOS, COSTUMBRES Y PRÁCTICAS
BANCARIAS**

EXPOSICIÓN DE LA SISTEMÁTICA REALIZADA.

Pese a la denominación de “*Recopilación de usos, costumbres y prácticas bancarias*” de la 2ª. Parte de esta tesis, la investigación desarrollada ha consistido estrictamente en una sistematización de usos y prácticas bancarias, más que en una estricta recopilación de los mismos, caracterizada ésta por su validez y plena eficacia jurídica, como medio de prueba. En efecto, la referida tarea se ha asumido sin más pretensiones que su mera exposición y ordenación sistemática, a efectos académicos, de forma que sea un medio que facilite el conocimiento y fácil localización de los usos bancarios existentes.

En este sentido, la labor recopilatoria desarrollada por el Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación en 1964, en el ámbito estrictamente mercantil, aporta elementos metodológicos de gran interés en cualquier tarea que se quiera abordar a tal fin en el ámbito bancario. Así, se ha seguido la pauta del mencionado Consejo Superior de Cámaras de Comercio, en cuanto al reconocimiento de la existencia y vigencia de los usos, consistente en su mención individualizada; lo que no obsta que puedan deducirse en otras fuentes de conocimiento, de igual naturaleza a las recogidas (entiéndase, en nuestro ámbito, en otras sentencias o cláusulas contractuales formuladas por distintas entidades de crédito).

Llegados a este punto, es necesario indicar el proceso de realización sistemática, así como los criterios y métodos utilizados.

En la ordenación de los usos bancarios, se distinguen, con carácter previo, tres modelos diferentes, cada uno de los cuales debe orientar los demás, por razones estrictamente técnico-organizativas:

- 1) El criterio material, “*rationae materiae*”, permite encuadrar cada uso bancario en un género contractual determinado, si bien tiene como principal inconveniente su falta de flexibilidad para reconocer la existencia de usos que se

están formando recientemente al amparo de nuevos modelos contractuales (p.ej. en materia de leasing, renting, factoring, etc.).

2) El modelo institucional clasifica los usos atendiendo a las instituciones de donde han surgido y en donde ejercen su eficacia, pero es un modelo difícil de realizar por las dificultades de adaptación de un grupo de usos a los esquemas preestablecidos de la institución de que se trate, los cuales, normalmente, responden a concepciones teóricas.

3) Por último, nos encontramos con el criterio de la vigencia del uso bancario, en donde el ámbito de vigencia territorial se configura como un residuo, no contemplado en este trabajo, ya que es posible extraer usos comunes, dado el carácter sectorial de la materia que es objeto de recopilación, con independencia del ámbito territorial en donde se ejerzan. En cuanto a la vigencia temporal de los usos bancarios, hay que tener presente que, en tanto que mercantiles, están sujetos, como las leyes, a factores socioeconómicos, que pueden modificar su propia naturaleza y ámbito de aplicación, de forma que un uso *actualmente* vigente, puede entrar en desuso. A tal fin, la publicación de una recopilación de usos permite conocer con exactitud cuál es el tráfico jurídico-mercantil en un momento determinado; sin embargo, la misma vitalidad de los usos, que reflejan las vicisitudes de las relaciones mercantiles, impiden que se puedan estructurar con una finalidad de permanencia y estabilidad, como sucede en un Código, lo que justifica que cualquier tarea recopilatoria que se quiera emprender esté necesitada de revisiones periódicas, según plazos fijados al respecto.

Sentado lo anterior, hay que señalar que el procedimiento técnico adoptado se ha desarrollado en tres fases fundamentales:

1º. Búsqueda de los usos y prácticas bancarias, atendiendo a las distintas fuentes de conocimiento disponibles, fundamentalmente la jurisprudencia, el SRBE, así como las condiciones generales de la contratación, contenidas en distintos impresos contractuales, de las entidades de crédito españolas más representativas.

2º. A continuación, ha sido necesario realizar una selección de aquellos usos y prácticas bancarias que estén vigentes, evitando asimismo los que hayan entrado en desuso, pues, en definitiva, toda labor sistemática o recopilatoria que se emprenda ha de reflejar aquellos que sean *actuales*.

3º. Finalmente, los usos y prácticas bancarias seleccionados se han clasificado, atendiendo a las distintas fuentes de conocimiento, con el objetivo de no inducir confusión, ya que cada una tiene un valor intrínsecamente diferente a las demás. Por ello, se ha procedido, a continuación, a su ordenación alfabética y material, encuadrándolos en alguno de los esquemas contractuales existentes.

Por tanto, en la determinación del criterio sistemático a utilizar, se ha optado por el criterio material, agrupando los usos y prácticas bancarias en función del ámbito contractual del cual provienen, en donde tienen especial incidencia los usos bancarios.

En el apartado de la “Jurisprudencia bancaria”, los mayores problemas han surgido como consecuencia de las ingentes sentencias al respecto, sobre todo, en la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, por lo que se ha procedido a seleccionar aquéllas que reconocen usos y prácticas vigentes, y, en especial, las que han servido para inspirar otras sentencias más recientes. Por otro lado, los usos y prácticas bancarias recogidos se han estructurado según la clasificación de los contratos bancarios, mayoritariamente aceptada por la doctrina, que atiende a las operaciones que desarrollen, sean éstas activas, pasivas, o de carácter neutro. Dentro de cada contrato, las materias se han ordenado alfabéticamente, excepto el epígrafe de “Doctrina jurisprudencial general”, que, por razones de claridad y de orden lógico, se ha establecido con carácter previo. Hay que advertir en este punto que, si bien existe una nueva LEC, que entró en vigor el 8 de enero de 2001, al año de su publicación en el BOE, los aspectos relativos al recurso de casación (art. 477 y ss. de la vigente Ley), al juicio ejecutivo (regulados en el Libro III de la nueva Ley) o al juicio cambiario (art. 819 y ss. de la actual LEC) están referidos a la anterior LEC, salvo indicación expresa en sentido contrario; los escasos datos disponibles de

la nueva LEC durante la elaboración de esta tesis, sobre todo en materia casacional, que requiere un dilatado período de tiempo desde la presentación de la demanda en la primera instancia, han obligado a mantener la doctrina jurisprudencial tradicional en materia de usos bancarios.

En cuanto a la labor esclarecedora del SRBE en materia de usos bancarios, se han acogido las conductas (por parte de la entidad de crédito) contrarias a los usos bancarios y a las buenas prácticas bancarias, que el órgano administrativo ha declarado favorablemente al cliente-reclamante en los distintos informes que ha emitido, y que ha clasificado bajo un mismo epígrafe cuando existe identidad en los supuestos que le han sido planteados; por lo que, a *sensu contrario*, se pueden extraer los usos bancarios así como las buenas prácticas bancarias. La sistemática desarrollada ha sido la misma que el SRBE viene utilizando en sus Memorias anuales, distinguiéndose 8 grupos:

- Grupo I: operaciones activas.
- Grupo II: operaciones pasivas.
- Grupo III: transferencias.
- Grupo IV: cheques, letras de cambio, pagarés, recibos y otros efectos.
- Grupo V: valores y operaciones con deuda del estado.
- Grupo VI: tarjetas de crédito (incluye las de débito).
- Grupo VII: operaciones en divisas y billetes extranjeros.
- Grupo VIII: cuestiones varias.

Dentro de cada grupo, se han ordenado alfabéticamente, para una fácil localización material, los distintos apartados contemplados en las mencionadas Memorias; haciéndose referencia sólo a la Memoria más reciente, para no ser reiterativos.

Por último, las condiciones generales de los contratos bancarios, formuladas en impresos "*ad hoc*", expresan bien la formación de determinados usos bancarios, o bien tener origen en éstos. Por ello, ha sido necesario incorporar la mayor documentación posible, proveniente de las entidades de crédito más representativas de nuestro país, tanto por su volumen de negocio, como por su arraigo histórico.

SECCIÓN 1ª. JURISPRUDENCIA BANCARIA.

I.- NOCIONES PRELIMINARES.

A.- LA CUENTA CORRIENTE BANCARIA.

a) Doctrina jurisprudencial general.

a') *Características del contrato.*

El contrato de cuenta corriente bancaria carece de regulación en el Código de Comercio, siendo la Jurisprudencia la que se ha encargado de establecer sus características, considerándolo como un contrato especial, consensual, no formal y bilateral, caracterizado por la existencia de un pacto para la recíproca concesión de créditos que no son reclamados hasta que se liquide y se determine el saldo final; en consecuencia la cuenta corriente supone una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el banco que los retiene, y responde tanto a operaciones activas como pasivas, es decir a entregas de dinero por parte del cliente o a créditos concedidos por el banco a los clientes [STS de 15 julio 1993 (RJ 1993\5805)]¹.

Conforme sentir la doctrina científica (el contrato de cuenta corriente bancaria) se caracteriza por las siguientes notas:

¹ SAP de Murcia, de 23-4-1994 (Rollo de Apelación núm. 509/1993) (AC 1994\665), F.D.2º.

1. *Su prestación determinante lo integra el servicio de caja.*
2. *Las obligaciones derivadas del ejercicio de este servicio se concretan en la información periódica que debe suministrar al cliente, y en el secreto bancario, sobre los informes personales derivados de las operaciones efectuadas a tal respecto.*
3. *La compensación de créditos y deudas, o dicho en términos contables, entre las partidas del debe y el haber, se realiza automáticamente en cada operación, no siendo aplicable la compensación global y al cierre de la cuenta, como ocurre en la cuenta corriente mercantil.*
4. *Y el cuentacorrentista dispone en cualquier momento de las sumas a su favor, que se desprenden de los saldos que se efectúan después de cada anotación contable².*

b') Concepto y naturaleza jurídica.

a") Concepto.

Es este contrato (de cuenta corriente), complejo, de depósito irregular, con devengo de intereses y liquidaciones periódicas por el banco, del que se deriva una recíproca concesión de crédito y la consiguiente obligación de reembolso a la entidad bancaria de las sumas que ésta haya venido satisfaciendo a terceros por cuenta del cliente aunque éste lo ignore, a no ser que se produzca contra su expresa voluntad, y esta conclusión, dice el TS S. 2-10-1984 (RJ 1984\4751), deducida del art. 1158.2 CC, pues de otra forma es evidente que se produciría su enriquecimiento injusto³.

² SAP de Segovia (Sección Única), de 18-5-2000 (Recurso de Apelación núm. 192/2000) (AC 2000\1106), F.D.2º.

³ SAP de Córdoba (Sección 2ª.), de 10-5-1999 (Recurso de Apelación núm. 66/1999) (AC 1999\1019), F.D.4º.

(El contrato de cuenta corriente es un) *negocio jurídico en virtud del cual una entidad bancaria se obliga, se compromete, a conceder una facilidad crediticia al cliente, lo que lleva a proporcionarle fondos, en las diversas formas que se pueda ello efectuar, dentro del límite pactado, percibiendo a cambio de dicha facilidad crediticia una comisión, así como los intereses establecidos en razón de los adeudos del acreditado y en función de las cantidades dispuestas en cada momento, éste sentir doctrinal lo recoge la Sentencia del TS. de 11 de Junio de 1999 (RJ 1999\4607), que invoca otras del TS. de 1 de Marzo de 1969 (RJ 1969\1137), de 12 de Junio de 1976 (RJ 1976\2750) y de 27 de Junio de 1989 (RJ 1989\4787)*⁴.

*Se trata, de un contrato cuyo contenido definitorio se relaciona con el de servicio de caja, corresponde a los usos bancarios fijar en cada momento en que se concreta y que varía según aumentan los bancos sus servicios al cliente, ya que desde el inicial servicio de ventanilla, en el que el cliente dispone por sí o por terceros de su cuenta, mediante la negociación de cheques, hasta etapas intermedias en las que se utiliza como medio de domiciliación de títulos-valores o de simples recibos*⁵.

b") Naturaleza jurídica.

1. Afinidad con el mandato.

Aunque (el contrato de cuenta corriente) se trata de un contrato con perfiles autónomos, tiene mucha afinidad con el mandato, lo que implica que uno de sus ingredientes normativos sea la confianza entre las partes. Así se deduce de la

⁴ SAP de Granada (Sección 3ª.), de 10-12-2002 (Recurso de Apelación núm. 627/2002) (JUR 2003\73920), F.D.1º.

⁵ SAP de Baleares (Sección 5ª.), de 30-7-2002 (Recurso núm. 434/2002) (JUR 2002\271325), F.D.2º.

*Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 1992 en la que se destacan, además, los criterios de buena fe, claridad y transparencia, como contrapartida a las percepciones del propio Banco en concepto de intereses y comisiones*⁶.

2. Contrato atípico.

*El contrato de cuenta corriente bancaria se trata de un contrato atípico, no regulado en el Código de Comercio, por lo que se acepta su configuración como una especie de comisión mercantil, que implica obligaciones de tipo contable para el Banco, así como la obligación por parte del cliente de verificar provisión de fondos para poder emitir las órdenes de pagos correspondientes*⁷.

*Como tiene declarada la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 19 diciembre de 1995 (RJ 1995\9425), dentro de los hoy llamados «contratos bancarios», según la doctrina, el contrato de cuenta corriente es en el Derecho español una figura atípica que encuentra su singularidad o elemento causal, desde el punto de vista de los titulares de la cuenta, en el llamado «Servicio de Caja», encuadrable en nuestro derecho dentro del marco general del contrato de comisión; el Banco en cuanto mandatario ejecuta las instrucciones del cliente (abonos, cargos...) y como contraprestación recibe unas determinadas comisiones, asumiendo la responsabilidad propia de un comisionista*⁸.

⁶ SAP de Córdoba (Sección 2ª.), de 20-2-1997 (Rollo de Apelación núm. 291/1996) (AC 1997\2204), F.D.2º.

⁷ SAP de Cádiz (Sección 3ª.), de 16-6-1996 (Rollo de Apelación núm. 33/1996) (AC 1996\1065), F.D.2º.

⁸ SAP de Toledo (Sección 1ª.), de 16-11-1999 (Recurso de Apelación núm. 220/1999) (AC 1999\2380), F.D.1º.

3. Contrato complejo.

El contrato de cuenta corriente tiene según consolidada Jurisprudencia del Tribunal Supremo una naturaleza mixta al participar de los caracteres del depósito irregular con devengo de intereses y liquidaciones periódicas por el Banco [Sentencias de 23 mayo 1946 (RJ 1946\570), 7 marzo 1974 (RJ 1974\955) y 11 marzo 1992 (RJ 1992\2170)] y también del mandato, pues se trata, como pone igualmente de manifiesto la doctrina científica mayoritaria, de un contrato típico de gestión de negocios ajenos, gestión que para el Banco o Caja se concreta en la prestación de lo que ha venido a denominarse «servicio de caja», el cual tiene como presupuesto la existencia de fondos, como así expresamente lo establece en sede de mandato el art. 1728 CC y con más rigor aún el art. 250 CCo.⁹

4. Ingresos realizados en metálico: naturaleza de depósito irregular.

Característica esencial del contrato de cuenta corriente bancario es el carácter autónomo de los contratos a los que sirve de soporte; de modo que los ingresos realizados en metálico conservan las peculiaridades propias de un depósito irregular; (...) caracterizado por el hecho de que el depositario adquiere, desde el momento de la constitución de aquél, la propiedad de las cosas depositadas, y, por eso, en esta clase de depósito de cuenta corriente, la concesión de crédito no es del banco hacia el cliente, como ocurre en la simple «cuenta de crédito», sino del cliente hacia el banco [SS. 4-12-1975 (RJ 1975\4361) y 11-3-1992 (RJ 1992\2170)]¹⁰.

⁹ SAP de Asturias (Sección 6ª), de 14-5-1998 (Rollo de Apelación núm. 857/1997) (AC 1998\5604), F.D.2º.

¹⁰ SAP de Segovia (Sección Única), de 18-5-2000 (Recurso de Apelación núm. 192/2000) (AC 2000\1106), F.D.3º.

5. Su contenido esencial es el típico de los contratos de gestión o “servicio de caja”.

*Su contenido esencial (es) el típico de los contratos de gestión o servicio de caja, que supone el cumplimiento por parte del banco de las órdenes que el cliente pueda darle relativa a cobros y pagos a terceros*¹¹.

*El elemento definitivo de la cuenta corrientes es, sin duda, el servicio de caja, que aparece tipificado en la práctica bancaria y que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado contenido [STS de 3 de febrero (RJ 1983\800) y 29 de abril de 1983 (RJ 1983\2198)] del cual deriva la información que tiene que dar el banco al cliente del estado contable de su cuenta y el secreto bancario, servicio de caja que supone el cumplimiento por parte del Banco de las órdenes que el cliente pueda darle, sobre la base de una tipificación a través de los usos bancarios y siempre que el cliente disponga de fondos o créditos para poder efectuar dichas órdenes*¹².

c') *Cuenta corriente a la vista.*

*Viene a ser un uso bancario notorio en este tipo de cuentas corrientes a la vista, la obligación de la entidad bancaria de notificar periódicamente al cliente titular de la cuenta los extractos de las operaciones realizadas y contabilizadas en dicha cuenta durante el período en cuestión, practicándose las correspondientes liquidaciones de la cuenta, el saldo e intereses devengados en su caso*¹³.

¹¹ SAP de Guadalajara, de 4-12-1997 (Rollo de Apelación núm. 195/1997) (AC 1997\2401), F.D.1º.

¹² SAP de Almería (Sección 3ª.), de 3-2-2003 (Recurso de Apelación núm. 331/2002) (AC 2003\578), F.D.1º.

¹³ SAP de León (Sección 3ª.), de 12-4-2000 (Recurso de Apelación núm. 62/2000) (AC 2000\4854), F.D.3º.

d') Distinción con el contrato de cuenta corriente mercantil.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de definir la doctrina del contrato de cuenta corriente como un contrato mercantil por el cual dos personas, por lo general comerciantes, en relación de negocios continuados, acuerdan temporalmente concederse crédito recíproco en el sentido de quedar obligadas ambas partes a ir sentado en cuenta sus remesas mutuas, como partidas de cargo y abono, sin exigirse el pago inmediato, sino el saldo, a favor de la una o de la otra, resultante de una liquidación por diferencia, al ser aquélla cerrada en la fecha convenida, lo que tiene esenciales diferencias con la cuenta corriente bancaria, de liquidaciones periódicas cualquiera que sea su estado, y que se caracteriza más por ser un contrato complejo, de depósito irregular con devengo de intereses y liquidaciones periódicas por el Banco [Sentencias del Tribunal Supremo de 23 mayo 1946 (RJ 1946\570) y 7 marzo 1974 (RJ 1974\955)]¹⁴.

e') Titularidad y disponibilidad de los fondos.

a'') Cuenta corriente indistinta.

1. Concepto.

Se ha afirmado en Sentencia de 8 febrero 1991 (RJ 1991\1156): «...no sólo en la Sentencia que cita la recurrente, sino también en la de 19 octubre 1988 (RJ 1988\7589), el mero hecho de apertura de una cuenta corriente, en forma indistinta, a nombre de dos (o más) personas, como norma general lo único que

¹⁴ SAP de Cádiz (Sección 1ª.), de 23-1-1998 (Rollo de Apelación núm. 369/1997) (AC 1998\3974), F.D.2º.

comporta “prima facie”, en lo referente a las relaciones derivadas del depósito irregular en que toda cuenta corriente bancaria se apoya, es que cualquiera de dichos titulares tendrá, frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por sí solo, la existencia de un condominio, y menos por partes iguales, sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares y, más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta (...)»¹⁵.

2. Efectos.

El caso de las cuentas corrientes indistintas es según la opinión doctrinal y jurisprudencial dominante un ejemplo claro de solidaridad activa o solidaridad de acreedores, lo que supone que cada uno de los titulares de la cuenta está facultado para retirar los posibles fondos en ella depositados, para dar órdenes de pago, y en definitiva, para reclamar la prestación genérica por el Banco del servicio de caja inherente a la apertura de toda cuenta en la entidad. Esta solidaridad activa, que es la normal en este tipo de cuentas, y por virtud de la cual el Banco está obligado a entregar el dinero de la cuenta a cualquiera de sus titulares con total independencia de la titularidad del mismo, lleva implícito como contrapartida la existencia de una solidaridad pasiva en caso de que el Banco devenga acreedor por el hecho de haberse generado un descubierto a su favor¹⁶.

3. Supuestos.

¹⁵ STS (Sala de lo Civil), de 19-12-1995 (Recurso núm. 1953/1992) (RJ 1995\9425), F.D.3°.

¹⁶ SAP de Las Palmas (Sección 1ª.), de 12-6-1996 (Rollo de Apelación núm. 156/1995) (AC 1996\1066), F.D.2°.

3.1. Donación por el propietario designante o autorizante premuerto en favor de uno de los cotitulares que dispuso unilateralmente del dinero: no acreditación.

Correspondía a la demandada el probar que hubo un acto de donación del metálico al no ser suficiente la cotitularidad de la cuenta corriente para considerar dicho acto de cesión gratuita y mucho menos la retirada del dinero depositado como una aceptación de aquél¹⁷.

3.2. Ejecución de la deuda por la entidad bancaria contra quien no era parte en la obligación: la apertura de una cuenta indistinta no implica un estado de solidaridad necesaria.

No es factible pretender que el hecho de que la cuenta se abriera con el carácter de INDISTINTA, tal situación prevenga un estado de SOLIDARIDAD NECESARIA si ésta, singular y específicamente no ha sido previamente determinada y asumida¹⁸.

b") Solución en la práctica bancaria.

Su problemática se presenta a la hora de distinguir entre la disposición o gestión de sus fondos o numerario y la propiedad de los mismos, sobre todo, cuando ha fallecido su titular, y cuando dicha cuenta o depósito figure abierta a nombre de dos o más titulares -en la titularidad única o unipersonal inexistente el problema por confusión entre titularidad de disposición y dominical-, ya que, entonces, aparece el conflicto sobre si el propietario fue el premuerto y de él derivarlo «mortis causa» a sus causahabientes o, bien, lo es el titular

¹⁷ SAP de Girona (Sección 2ª.), de 27-12-1996 (Rollo de Apelación núm. 173/1996) (AC 1996\2373), F.D.2º.

¹⁸ SAP de Badajoz (Sección 1ª.), de 31-1-2001 (Recurso de Apelación núm. 243/2000) (JUR 2001\83310), F.D.1º.

«supérstite», eventualidad esta que en la práctica bancaria se suele resolver con base a los artículos 1137 y 1138 del Código Civil en el sentido de que si la cuenta figuraba mancomunadamente, sólo podía disponerse con la firma de todos los titulares, no así cuando se está con el rito de la Cuenta «indistinta o solidariamente», que ha de figurar expresamente, pues, entonces, cualquiera de ellos puede disponer de parte o del todo y hasta resolverla o extinguirla vía artículo 279 del Código de Comercio, proyectando esta tesis en la, en su caso, adscripción dominical, excluyendo la «mortis causa», a favor del supérstite¹⁹.

Es igualmente irrefutable que la solidaridad no se presume, siendo necesario que tal condición se exprese y determine claramente, pero para que se entienda solidaria la obligación, no es menester –como parece aseverar la actora– que se emplee precisamente este término, sino que aparezca evidente la voluntad de las partes contratantes de poder pedir o prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación, como ya mantiene desde antiguo la Jurisprudencia (SSTS de 11-3-1931, 12-11-1955 y 5-5-1961, entre otras)²⁰.

f') *Obligaciones de la entidad bancaria.*

a'') *Enumeración.*

Las obligaciones de la entidad bancaria en este contrato son, esencialmente:

- 1) Seguir las órdenes de su cliente en cuanto a abonos, cargos, órdenes de pago, transferencias, domiciliación de recibos etc.*
- 2) Tener a disposición del cliente el saldo acreedor que resulte de la cuenta.*

¹⁹ STS (Sala de lo Civil), de 19-12-1995 (Recurso núm. 1953/1992) (RJ 1995\9425), F.D.3º.

²⁰ SAP de Jaén (Sección 2ª.), de 8-5-2001 (Recurso de Apelación núm. 398/2000) (AC 2001\1639), F.D.2º.

3) *Liquidar la cuenta en la forma pactada y en el tiempo establecido, abonando los intereses debidos y establecidos en el contrato.*

4) *Remisión periódica al titular de un extracto de los movimientos de cargos y abonos habidos en su cuenta con mención expresa del saldo resultante*²¹.

b'') *El cumplimiento de las órdenes del cliente: sumas detraídas en distintas operaciones sin la constancia de una orden al efecto del titular (incumplimiento).*

*Ante todo, se advierte un palmario incumplimiento por parte del Banco de los deberes que le impone el contrato de cuenta corriente caracterizado principalmente por tratarse de un contrato de gestión, que supone ese cumplimiento por parte del Banco de las órdenes que el cliente pueda darle bien sea de una manera directa, concreta y específica, bien de forma genérica en base a una tipificación de los usos bancarios, todo ello dirigido a la realización de cobros y pagos a terceros a través del servicio de caja, elementos consecutivos al propio contrato (...). Pues bien, ya queda dicho que en el caso de autos el Banco demandado ha infringido tales deberes, sin que pueda hablarse de un consentimiento tácito porque para que ello pueda operar con la eficacia exonerativa pretendida, es preciso que los actos de que tal consentimiento se derive sean inequívocos y concluyentes, de modo que puedan interpretarse como una auténtica declaración de voluntad, lo que en este caso no puede ni siquiera presumirse como lo prueba el mero hecho de haberse planteado este litigio*²².

c'') *La rendición de cuentas.*

²¹ SAP de Almería (Sección 3ª.), de 3-2-2003 (Recurso de Apelación núm. 331/2002) (AC 2003\578), F.D.1º.

²² SAP de Córdoba (Sección 2ª.), de 20-2-1997 (Rollo de Apelación núm. 291/1996) (AC 1997\2204), F.D.2º.

(Es) un uso bancario de notoriedad manifiesta en el contrato de cuenta corriente la obligación que los Bancos siempre asumen, y que reflejan en las condiciones generales, de remitir al cliente extractos de cuenta periódicamente, en los que practican la liquidación de la cuenta y comunican al cliente el saldo y los intereses devengados. Esta remisión de extractos tiene en el uso bancario relevancia jurídica, por cuanto en ello se solicita la conformidad del cliente al saldo remitido y se prevé su silencio como prestación tácita de tal conformidad, una vez transcurrido determinado plazo²³.

d'') Deber de lealtad, información y prevención de la entidad bancaria (principio de buena fe).

Dentro de esa continuada relación que implica el contrato de cuenta corriente bancario, resulta esencial como bien indica la sentencia recurrida el principio de la «buena fe», tanto en virtud del art. 1258 CC como fundamentalmente del art. 57 del Código de Comercio; pero entendida en su conceptualización objetiva, como «conducta esperable», atendidas precisamente las circunstancias, de la cualificación profesional de la entidad de crédito y de sus administradores y de la «relación de confianza» en que se sitúa el cliente frente a ella, de forma que aquélla soporta un deber de lealtad, información y prevención (...). La buena fe exigida en el art. 57 CCo., no se limita a sancionar que en los contratos mercantiles se cumplan y ejecuten con la fidelidad y escrupulosidad que es precisa e inherente al ejercicio del comercio, sino también tiende a evitar que por medios más o menos hábiles queden los contratantes desligados del vínculo jurídico que aceptaron (STS de 1-4-1927)²⁴.

²³ SAP de Córdoba (Sección 3ª.), de 16-3-1999 (Recurso de Apelación núm. 405/1998) (AC 1999\3959), F.D.1º.

²⁴ SAP de Segovia (Sección Única), de 18-5-2000 (Recurso de Apelación núm. 192/2000) (AC 2000\1106), F.D.2º.

g') *Descubierto en cuenta corriente.*

a") *Naturaleza jurídica.*

Si el cliente dispone de los fondos de la entidad librada, conociendo que su saldo es negativo, trastoca la causa y naturaleza del contrato de cuenta corriente convirtiendo la relación de una típica operación pasiva en una relación activa (préstamo del banco al cliente), razón por la cual el banco tiene, forzosamente, que reservarse la facultad de atender o no esa disposición y en el primer caso, como dice el TS SS. 25-11-1989 (RJ 1989\7911) y 11-7-1994 (RJ 1994\6387) «de acuerdo con una práctica bancaria habitual esa autorización entraña una concesión de crédito encubierta bajo la forma de descubiertos, de acuerdo con el art. 4 de la Orden de 17-1-1981 sobre liberación de tipos de interés y dividendos bancarios y financiación a largo plazo», que dispone que «los descubiertos en c/c se considerarán operaciones de crédito a todos los efectos...» existe, por tanto, una causa jurídica como es la concesión de crédito que justifica el comportamiento del banco²⁵.

b") *Actos expresos de disposición del descubierto.*

En el supuesto enjuiciado, el descubierto que se reflejó contablemente y se reclama podía producirse en cuanto que nace de actos de disposición de cantidades superiores a las que presentaba el saldo positivo de la cuenta llevados a cabo a través de las tarjetas de crédito y cajero automático expedidas a cotitular de la misma, que, no cabe olvidar, no son sino simple instrumento a través del cual se verifican órdenes de pago que van a tener reflejo en la cuenta bajo forma de adeudos; así pues, es el mandante el que con

²⁵ SAP de Córdoba (Sección 2ª.), de 10-5-1999 (Recurso de Apelación núm. 66/1999) (AC 1999\1019), F.D.4º.

aquellos actos expresos autoriza el descubierto, y el banco, en contra de lo sostenido por la recurrente, no está obligado a suspender la cuenta ante un saldo mínimo o negativo, siendo un derecho potestativo del mismo el dejar de aceptar disposiciones sin saldo suficiente (condición general quinta del contrato)²⁶.

c") Concesión tácita de crédito.

El cumplimiento por el Banco del mandato de su cliente sin fondos para ello, origina los denominados descubiertos, descubiertos en cuenta corriente que, y lo establecen las Sentencias del T. S. de 2 de Octubre (RJ 1984\4751) y de 9 de Noviembre de 1984 (RJ 1984\5372), determinan la apertura tácita de un crédito, mención que apunta, en términos contables, a las partidas del debe y del haber, cuya compensación (la que se produce entre dichas partidas) surge automáticamente en cada operación, no siendo de aplicación aquí la idea de una compensación general, producida o llevada a cabo al cierre de la cuenta²⁷.

d") Liquidación de intereses.

En relación al ataque a los intereses aplicados, al tipo de interés tenido en cuenta para llevar a cabo la liquidación, señalar que: La publicidad de las operaciones o servicios en los que no aparezca de una manera exacta su coste o rendimiento (léase intereses, tipo de interés), les serán de aplicación las normas que a tal fin dicte el Ministerio de Economía y Hacienda, así como el Banco de España, con ello hacemos mención a la Circular núm. 8/1990, de 7 de

²⁶ SAP de Madrid (Sección 21ª.), de 20-9-1999 (Recurso de Apelación núm. 126/1998) (AC 1999\2331), F.D.4º.

²⁷ SAP de Granada (Sección 3ª.), de 10-12-2002 (Recurso de Apelación núm. 627/2002) (JUR 2003\73920), F.D.1º.

*Septiembre, que ha sido modificada por las de 21 de Diciembre de 1993, de 27 de Febrero de 1996 y de 27 de Enero de 1998 entre otras*²⁸.

e") Saldo deudor.

1. Necesidad de que el banco pruebe el saldo a su favor.

*(Es necesario) que el banco pruebe el saldo a su favor, siendo irrelevante en este ámbito de la certificación expedida por el propio Banco, con la que no se cumple, con arreglo al artículo 1214 del Código Civil, la necesidad de justificar el saldo en juicio declarativo, debiendo tenerse en cuenta en el presente caso que el inicial arranque de la cantidad reclamada proviene de unas transferencias que se dicen autorizadas verbalmente lo que ni es acorde con la práctica bancaria, al exigirse firma en los documentos correspondientes, ni, en su caso, tiene validez alguna en juicio, determinando también la improcedencia de los apuntes posteriores consistentes en intereses y comisiones diversas y sin que sea obstáculo a la conclusión que se sostiene la intervención de Corredor de Comercio que en modo alguno justifica las transferencias controvertidas*²⁹.

2. Saldo deudor notificado y no impugnado.

Las SSTs de 11-5-1989 (RJ 1989\3761) y 14-3-1992 (RJ 1992\2182) niegan la existencia de la aportación de todos los documentos que justifiquen el origen del descubierto en cuenta corriente, cuando el saldo ha sido notificado al

²⁸ SAP de Granada (Sección 3ª.), de 10-12-2002 (Recurso de Apelación núm. 627/2002) (JUR 2003\73920), F.D.1º.

²⁹ SAP de Alicante (Sección 4ª.), de 19-11-1999 (Recurso de Apelación núm. 180/1999) (AC 1999\8770), F.D.1º.

cliente y no ha formulado reparo alguno en el plazo señalado en el contrato, similar doctrina mantienen las SSAP de Las Palmas 22-5-1995; Segovia 6-5-1996 (AC 1996\863) y Soria 2-9-1996 (AC 1996\1507)³⁰.

3. Saldo exigible: determinación (liquidaciones de intereses y comisiones).

Por otra parte, y como resulta de los propios extractos aportados, existen anotaciones en cuenta que lo son por resultado de liquidaciones de intereses y comisiones que igualmente tienen justificación; se trata de intereses remuneratorios como compensación del aplazamiento de la exigibilidad de los créditos (al tipo del 29%) y de comisiones por descubierto (al tipo del 2%), respecto de los que la demandada apelante entiende que no se pactaría su repercusión en el contrato de apertura de cuenta corriente; pero nada más lejos de la realidad que resulta del contrato de apertura de cuenta corriente que obra en autos (...), términos contractuales que ya por sí permiten tener por cierto, (...), el saldo que se dice deudor³¹.

h') Extractos de la cuenta corriente.

a") Acreditación del saldo deudor.

1. Aportación por el banco del extracto de la cuenta, reflejo aritmético de los efectos de los contratos subyacentes a ésta.

³⁰ SAP de Córdoba (Sección 2ª.), de 10-5-1999 (Recurso de Apelación núm. 66/1999) (AC 1999\1019), F.D.6º.

³¹ SAP de Madrid (Sección 21ª.), de 20-9-1999 (Recurso de Apelación núm. 126/1998) (AC 1999\2331), F.D.6º.

Es importante por ello, y por ende necesario a entender de este Tribunal, que se precise la razón de ser del correspondiente saldo deudor en cuenta corriente, lo que no se hace cuando simplemente se afirma que figura en la cuenta en cuestión la cifra deudora reclamada en la demanda, pero sí, por contra, cuando, como en el presente caso, se aporta extracto de la cuenta que es reflejo aritmético de los efectos de los contratos subyacentes a ésta, que aquí resultan ser referidos a tarjeta de crédito y tarjeta de cajero automático, medios electrónicos de disposición, destinados a facilitar la propia actividad económica del cliente, que, no cabe duda, hay que entender como comúnmente admitidos de acuerdo con los usos bancarios actuales³².

2. Certificación de saldo deudor intervenida por Corredor de Comercio.

2.1. Certeza de los cargos realizados.

El Juez de Primera Instancia entendió no acreditada por la entidad actora la realidad y certeza del saldo deudor, al haberse limitado a aportar documentos unilateralmente confeccionados por ella, sin dar razón bastante de la real procedencia del débito, ni de las correspondientes partidas a que obedece, resultando improbadado el origen de la deuda. Se añade en la sentencia que la certificación emitida por el Corredor de Comercio sólo supone la determinación de la liquidez de la deuda, sin que por ello haya de ser tenida por verdadera. A consecuencia de lo anterior y debido a la irrelevancia del silencio del demandado frente a las pretendidas notificaciones deudoras de su saldo, al no haberse acreditado que fueran recibidas, se desestima la demanda (...)³³.

³² SAP de Madrid (Sección 21ª.), de 28-4-1997 (Rollo de Apelación núm. 904/1995) (AC 1997\1670), F.D.3º.

³³ SAP de Cuenca, de 30-3-1998 (Rollo de Apelación núm. 267/1997) (AC 1998\652), F.D.1º.

*En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 mayo 1995 (RJ 1995\4263), si a la actuación bancaria sigue la certificación del saldo autenticada por el Corredor de Comercio, no cabe entender indefensión cuando no se realiza contraprueba de contraste*³⁴.

2.2. Suficiencia de aportación por el banco de certificación de saldo deudor intervenida por Corredor de Comercio.

*No cabe duda que, para ejercitar la presente reclamación de cantidad basada en las disposiciones efectuadas en una cuenta corriente bancaria, bastaría acompañar a la demanda el contrato correspondiente y la certificación de saldo deudor confeccionada por la entidad acreedora, corroborada por el Corredor de Comercio, pero también sería deseable que, cuando menos, se aportaran los últimos movimientos contables; quedando con ello justificado el derecho en que la parte lo fundamenta, sin que el simple extracto de cuenta bancaria o el soporte contable deban ser considerados como documentos esenciales a los efectos de acompañarlos con la demanda, pues éstos son documentos complementarios, accesorios o auxiliares encaminados a integrar el proceso probatorio o a combatir las alegaciones realizadas de contrario [Sentencias del Tribunal Supremo de 14 febrero 1989 (RJ 1989\836) y 16 julio 1991 (RJ 1991\5389), y de esta Sala de 23 abril 1994 (AC 1994\665)]*³⁵.

2.3. Saldo deudor, deducido de certificación de movimiento contable, con intervención de Corredor de Comercio.

Debiendo admitirse como uso notorio aquel que determina la obligación del cliente, una vez producida en la cuenta situación del saldo deudor, de

³⁴ SAP de Cuenca, de 30-3-1998 (Rollo de Apelación núm. 267/1997) (AC 1998\652), F.D.4º.

³⁵ SAP de Murcia (Sección 2ª.), de 26-1-1998 (Rollo de Apelación núm. 353/1997) (AC 1998\189), F.D.2º.

*proceder a su reposición al Banco, adquiriendo mientras tanto el carácter de préstamo mercantil con interés, y siendo también de indudable aplicación al uso normal bancario que supone en el saldo aprobado por falta de reclamación u oposición del cliente una declaración de verdad, un crédito a favor del Banco, como viene estimando la doctrina mercantilista más autorizada*³⁶.

3. Saldo reclamado, cuyos extractos de cuenta fueron firmados por los Interventores del «Banco de España».

*El hecho de que el saldo reclamado apareciese en la contabilidad de la entidad accionante en la fecha en que fueron firmados por los Interventores del «Banco de España» los extractos de cuenta, no constituye prueba eficaz por plena de su realidad y justificación, pues la firma de aquéllos bajo la mención de últimos saldos contables ante la intervención, no supone la confirmación contable de tales saldos*³⁷.

4. Falta de acreditación de la disponibilidad de fondos por el demandado ni de la recepción de las tarjetas de crédito.

La sentencia hoy recurrida contiene un pronunciamiento desestimatorio de tal pretensión, al considerar que no resultó acreditada la disponibilidad de fondos por el demandado, ni la recepción de las tarjetas de crédito con las cuales se efectuaron los reintegros que constituyen la deuda (...). Como bien razona el juzgador «a quo», no existe prueba alguna de que se hayan entregado al demandado las tarjetas referidas (...).

Las operaciones reflejadas en los extractos causan suma extrañeza a esta Sala, por ser una conducta realmente irregular en la práctica de una entidad

³⁶ SAP de Cádiz (Sección 3ª.), de 16-6-1996 (Rollo de Apelación núm. 33/1996) (AC 1996\1065), F.D.2º.

³⁷ SAP de Barcelona (Sección 12ª.), de 18-1-1999 (AC 1999\19), F.D.4º.

bancaria, máxime cuando no existen fondos disponibles o apertura de crédito a favor del cliente, ni por tanto justificación alguna para permitir tales disposiciones. Más extrañeza aún nos causa, el hecho de que no se haya reclamado el saldo deudor por la parte actora hasta el 12 de abril de 1996, fecha de presentación de la demanda, y habiendo transcurrido tres años desde entonces.

*Por todo ello y dando por reproducidos los correctos fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, procede confirmarla en todos sus pronunciamientos*³⁸.

5. Apreciación de la exactitud del saldo notificado no impugnado, mediante prueba pericial.

*Amparado el Banco por la presunción de veracidad que supone la no impugnación de los extractos de cuenta, según el uso bancario, es al demandado a quien compete, frente a la prueba pericial del saldo y de su correspondencia aritmética con las anotaciones contables, probar el error de su conformidad. Criterio por otra parte conforme con la doctrina jurisprudencial recogida en las Sentencias de 14 y 4 de marzo de 1992 (RJ 1992\2182 y RJ 1992\2158)*³⁹.

b") Aprobación del saldo por el cuentacorrentista.

1. Presunción de veracidad a favor del banco.

³⁸ SAP de Toledo (Sección 1ª), de 14-10-1997 (Rollo de Apelación núm. 172/1997) (AC 1997\2203), F.D.1º.

³⁹ SAP de Segovia, de 19-1-2000 (Recurso de Apelación núm. 317/1999) (AC 2000\239), F.D.2º.

Existiendo la aprobación del saldo, goza, el banco a su favor de una presunción de veracidad que hace prueba frente al cuentacorrentista, sin perjuicio de que éste pruebe su error en la conformidad acreditando la incorrección de tal o cual asiento, bien por error de anotación o de cálculo o por omisión o duplicación⁴⁰.

2. Aprobación de los saldos notificados.

2.1. Aprobación expresa o tácita del saldo: se trata de una declaración que tiene naturaleza confesoria de un hecho pasado.

La aprobación expresa o tácita del saldo (...) no es una declaración de voluntad negocial dispositiva sobre derecho alguno, en sentido propio, que haga definitivamente inatacable el saldo aprobado. Pero también es verdad que se trata de una declaración que tiene naturaleza confesoria de un hecho pasado, a saber: la realidad de los asientos en la cuenta y su reflejo en el saldo. Su valor, pues, no es el de un negocio jurídico sino el de una confesión, por lo que si hubo error se tratará de un error de hecho que mermará la eficacia de la confesión de acuerdo con el art. 1234 CC⁴¹.

2.2. Aprobación tácita de los saldos notificados.

2.2.1. Aceptación tácita de saldos deudores de sendas cuentas corrientes.

⁴⁰ SAP de Almería (Sección 2ª.), de 4-3-2000 (Recurso de Apelación núm. 408/1999) (AC 2000\1129), F.D.3º.

⁴¹ SAP de Madrid (Sección 10ª.), de 29-1-2000 (Recurso de Apelación núm. 507/1998) (AC 2000\3048), F.D.8º.

Es uso bancario notorio, luego incluso impuesto por el Banco de España, y finalmente, parte mismo del contrato, la obligación por parte de la entidad crediticia de notificar periódicamente al cliente titular de la cuenta los extractos de las operaciones realizadas y contabilizadas en dicha cuenta durante el período en cuestión, solicitando la conformidad con el saldo remitido. (...) Estamos por ante lo que la doctrina jurisprudencial ha venido calificando de consentimiento tácito (STS 30 junio 1995 y 18 marzo 1994, entre otras muchas) y que en el caso se traduce en que hubo consentimiento por parte del titular de la cuenta para la realización de los cargos que sólo mucho después impugna con ocasión de la reclamación del pasivo por parte de la entidad crediticia y ante el impago del mismo⁴².

2.2.2. Admisión por el demandado del saldo reclamado (liquidación de la cuenta conforme a los usos bancarios).

(La parte apelante) admite (...) que es titular de la cuenta corriente (...), así como que el saldo reclamado era el existente al 30 de septiembre de 1991, cuando se cerró la cuenta, admitiendo (...) que aun conociendo tal saldo nunca manifestó al Banco su disconformidad (...). Ausencia de rechazo que impide que hoy día se cuestione la legitimidad de los intereses computados o del saldo resultante [Tribunal Supremo 1ª. S. 14 marzo 1992 (RJ 1992\2182), entre otras], cuando conforme al informe pericial (ff. 109 y ss.), la mayor parte de la deuda, a excepción de la cantidad de 38.044 ptas., se corresponde con principal, y cuando los intereses cargados por el descubierto eran los autorizados en aquella época, según el contrato, no existiendo objeción alguna hasta ahora, por parte de la demandada, cuando de los extractos se deduce el tipo de interés aplicado y las comisiones, admitiendo el perito que si bien puede resultar algún extremo del contrato no muy correcto, lo cierto es que la

⁴² SAP de Alicante (Sección 8ª.), de 12-1-2005 (Recurso de Apelación núm. 99/2004) (JUR 2005\64789), F.D.2º.

*liquidación de la cuenta es conforme a los usos bancarios, de ahí que ante tal circunstancia decaigan las argumentaciones relativas a la inexistencia del contrato, su falta de prueba, o el carácter usurario de los intereses del descubierto*⁴³.

2.2.3. Extractos de cuenta, con saldo deudor, comunicados a los clientes sin ser impugnados.

*El uso de dichos medios (electrónicos) plantea problemas probatorios específicos que habrán de resolverse; en principio, haciendo recaer en el cliente la prueba de la previa existencia de fondos, y en la entidad bancaria la correcta ejecución de la orden o, en su caso, que la operación fue autorizada por aquél, pues ésta es quien controla o debe controlar el funcionamiento del sistema que implanta y quien tiene en sus manos todos los datos para ello (...). Es precisamente de esa falta de manifestación por el demandado de reserva, duda u oposición alguna a la información recibida, que, debiéndose estimar como tácita aceptación de la misma (en igual sentido se expresa, entre otras, la AP de Ávila en Sentencia de 13 diciembre 1990), resultan acreditados por la actora todos los hechos constitutivos de su pretensión*⁴⁴.

2.2.4. Tácita aceptación de los cargos cuya cuantía reclama el cliente.

La recepción de información bancaria por parte del cliente sin manifestar reserva o duda alguna al respecto suele entenderse en la práctica bancaria como manifestación tácita de aceptación, lo que ha sido afirmado en algunas ocasiones por los Tribunales (entre otras, SAT de Bilbao de 21-5-1985 y SSAP

⁴³ SAP de Vizcaya (Sección 5ª.), de 29-6-1998 (Rollo de Apelación núm. 821/1996) (AC 1998\6081), F.D.2º.

⁴⁴ SAP de Madrid (Sección 21ª.), de 28-4-1997 (Rollo de Apelación núm. 904/1995) (AC 1997\1670), F.D.4º.

de Ávila de 13-12-1990, de Sevilla, 2ª. de 5-4-1993, de Murcia, 4ª. de 25-5-1996, de Ciudad Real, 1ª. de 7-10-1997 y de Madrid, 13ª. de 23-11-1998), exigiéndose en estos casos la acreditación de que se produzca siempre la recepción efectiva del extracto de la cuenta por el cliente. Si éste ha recibido los extractos meritados, y los mismos describen suficientemente los conceptos a que se refieren, habrá de ser el cliente el que habrá de negar o rectificar aquellos asientos que considere de incorrecta inclusión⁴⁵.

2.2.5. Validez de la certificación de la entidad, como medio de prueba.

Así las cosas, admitida por el recurrente la apertura de la cuenta corriente, y constando acreditada la titularidad de sendas tarjetas -VISA y 4B-, adscritas a la mentada cuenta, los movimientos reseñados en ella debieron ser periódicamente comunicados por la entidad a su cliente -vid. Condición 11ª.-; sin que a lo largo del procedimiento se haya discutido sobre tal extremo, por lo que conforme expresa la referida condición ha de entenderse conformes las liquidaciones practicadas; lo que confiere autenticidad plena a la certificación de saldo deudor aportada por la entidad junto a la demanda⁴⁶.

2.3. Compromiso del titular de prestar su conformidad o reparos en el plazo máximo de dos meses (cláusula no abusiva ni inválida).

Se ha dicho en ocasiones que la forma en que normalmente se prevé la remisión de extractos al domicilio del cliente rompe el equilibrio contractual al cargar sobre éste el valor del silencio, y se ha aludido a la arbitrariedad que supone el que el extracto se envíe sin constancia de su recepción. Pero como se

⁴⁵ SAP de Cantabria (Sección 3ª.), de 14-2-2000 (Recurso de Apelación núm. 164/1998) (AC 2000\186), F.D.2º.

⁴⁶ SAP de Málaga (Sección 4ª.), de 2-7-1998 (Rollo de Apelación núm. 768/1997) (AC 1998\1590), F.D.3º.

ha puesto de manifiesto por cierto sector de la doctrina, para analizar esta cuestión no hay que desconocer las dimensiones que tiene la actividad comercial bancaria, y el elevadísimo número de cuentas, movimientos de cuentas y extractos que mensual y anualmente se abren y generan (...). El alto coste que el sistema generaría unido al hecho notorio de que en la inmensa mayoría de los extractos el cliente está de acuerdo con los movimientos por no ser éstos problemáticos en absoluto, constituyendo un conjunto de información que simplemente pone al día el control de las cuentas por el cliente, hace que los conductos fehacientes no sean ni convenientes ni necesarios. Por todo ello la cláusula referida no puede reputarse abusiva ni inválida, máxime cuando, como ahora se razonará, la tácita aceptación no tiene una eficacia constitutiva ni el carácter de negocio jurídico de fijación, sino una dimensión estrictamente confesoria en el plano de lo probatorio⁴⁷.

c") Falta de diligencia del cuentacorrentista.

1. Cambio de domicilio no comunicado a la entidad, para la recepción de los extractos de la cuenta.

(El recurrente) ha incurrido en una total pasividad y falta de diligencia, pues manifiesta no haber recibido los extractos de la cuenta por haber cambiado de domicilio, lo que indudablemente es imputable a él y no a la entidad bancaria a la que debía haber comunicado tal cambio y su nuevo domicilio para recibir los extractos de la cuenta. Pero es que además, siendo consciente de la existencia de la cuenta, y no recibiendo los extractos por el motivo que aduce, debería haber sido diligente y consultar el saldo que presentaba la misma. Por lo expuesto no es admisible que se ampare en el desconocimiento del saldo para intentar justificar el impago del descubierto,

⁴⁷ SAP de Segovia, de 6-5-1996 (Rollo de Apelación núm. 81/1996) (AC 1996\863), F.D.3º.

*cuando no niega la existencia de la cuenta y el haber efectuado disposiciones en su propio provecho*⁴⁸.

2. Divorcio no comunicado a la entidad, en cuenta indistinta con saldo deudor no impugnado.

*Aun cuando es cierto que la hoy apelante no vive desde hace años en el domicilio que en su día dio al banco, al haberse divorciado de su marido, no es menos cierto que tal circunstancia no fue puesta en conocimiento de la entidad actora; como tampoco se preocupó o cercioró la demandada que hoy apela de que la relación contractual que la unía con aquélla quedaba disuelta, por lo que negligencia es sólo suya*⁴⁹.

b) Comisiones y gastos.

a') Comisiones de exceso, de mantenimiento y de administración (inclusión en el tipo de interés nominal anual).

*En cuanto a las comisiones y demás gastos que se reflejan en la liquidación, que están incluidos en el saldo total que se reclama, la entidad bancaria ningún esfuerzo probatorio ha realizado para acreditar mínimamente su existencia. Por consiguiente, las comisiones y demás gastos deberán ser excluidos de la cantidad total adeudada, la cual, necesariamente, se tendrá que determinar en ejecución de sentencia*⁵⁰.

⁴⁸ SAP de Córdoba (Sección 3ª.), de 16-3-1999 (Recurso de Apelación núm. 405/1998) (AC 1999\3959), F.D.2º.

⁴⁹ SAP de Las Palmas (Sección 1ª.), de 12-6-1996 (Rollo de Apelación núm. 156/1995) (AC 1996\1066), F.D.2º.

⁵⁰ SAP de Granada (Sección 3ª.), de 11-9-2000 (Recurso de Apelación núm. 390/2000) (AC 2000\2379), F.D.4º.

b') *Derecho a cobro de comisiones por descubierto: falta de conocimiento por el cliente de la cláusula donde se penalizaba el descubierto.*

Toda cláusula que grave a una de las partes, y más en los contratos tipo en donde una de ella, en concreción la Entidad financiera, impone al demandado, las condiciones de la relación jurídica bilateral, debe ser aceptada expresamente por el contratante/cliente, de forma que manifieste un conocimiento real/efectivo del gravamen (...). Si conforme a los usos bancarios sí es razonable hablar de que los clientes conocen el deber de hacer frente a un interés alto por descubierto, escapa a la razón afirmar que también conocen que no sólo deben pagar el interés por descubierto, sino también una comisión añadida por el mismo⁵¹.

c') *Remisión genérica a folleto o fotocopia entregado.*

a") *Vulneración de la O.M. de 12-12-1989.*

En cuanto a comisiones y gastos repercutibles, existe una remisión genérica a un folleto o fotocopia entregado a la demandada que se dice contiene las normas vigentes sobre fechas de valoración y tarifas, hechas públicas por el Banco (apartado III Condiciones Generales), pero dicha remisión vulnera el artículo 7.4 c) de la Orden de 12 de diciembre de 1989 del Ministerio de Economía y Hacienda que impone la obligación de recoger en los documentos contractuales relativos a operaciones activas o pasivas en las que intervenga el tiempo, entre otros extremos las comisiones y gastos repercutibles, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fecha de devengo y liquidación, reputando inadmisibles las remisiones genéricas a las

⁵¹ SAP de Vizcaya (Sección 4ª.), de 14-5-1997 (Rollo de Apelación núm. 728/1995) (AC 1997\1150), F.D. Único.

*tarifas publicadas por las Entidades de Crédito, norma que reitera la Circular 8/1990 del Banco de España, además de que no consta la conformidad de éste exigida por ambas disposiciones*⁵².

b") Su procedencia corresponde acreditarla a la parte actora sin que quepa acudir a los usos bancarios como supletorios.

*La imprecisión contractual sobre comisiones, cuya procedencia incumbía acreditar a la actora, en virtud del art. 1214 CC, obliga al rechazo de la cantidad reclamada por tal concepto, no siendo admisible el criterio del juzgador de instancia de desplazar la carga de la prueba a la demandada, por contrario a la interpretación en favor de los consumidores, como parte contratante más débil y no redactora del contrato, recogida en los arts. 1288 del Código Civil y 10.2 de la Ley General de Consumidores y Usuarios, sin que sea dable acudir a los usos bancarios como supletorios pues como señala la STS de 8-4-1994 (RJ 1994\2733) invocada por la apelante, los mismos rigen respecto a los actos de comercio por disposición del art. 2 Código de Comercio pero no cuando, como aquí ocurre, se trate de un contrato mercantil en cuyo caso es de aplicación preferente el Código Civil en virtud del art. 50 del mismo Código*⁵³.

c") La no oposición a los extractos recibidos no es equiparable a una conformidad tácita.

En atención a lo razonado, no cuestionada la deuda por principal, procede deducir de la cantidad reclamada, comisiones e intereses por descubierto, no

⁵² SAP de Orense (Sección Única), de 19-7-1999 (Recurso de Apelación núm. 780/1998) (AC 1999\1232), F.D.2º.

⁵³ SAP de Orense (Sección Única), de 19-7-1999 (Recurso de Apelación núm. 780/1998) (AC 1999\1232), F.D.2º.

siendo obstáculo a este pronunciamiento que la apelante no hubiese mostrado su oposición a los extractos que, periódicamente, recibía del banco pues ni consta el contenido de los remitidos, ni esa conducta es equiparable a una conformidad tácita y, en cualquier caso, persistiría la concreción sobre comisiones a cobrar, intereses y cuantía⁵⁴.

c) Consumidores y usuarios.

a') Cláusulas.

a") *Firma del contrato por el demandado sin alegar su carácter abusivo (claridad, sencillez y concreción de sus cláusulas).*

Es pues lo cierto, que la parte demandada no alegó en momento alguno que el contrato fuere abusivo firmándolo en consecuencia, y es evidente que estando en presencia de materia contractual, si la parte demandada no estaba de acuerdo con alguna de las cláusulas del contrato, debió abstenerse de firmarlo, acudiendo a otras entidades financieras para obtener el crédito, y 2º.) en segundo lugar, la lectura de las cláusulas contractuales descubre que las «condiciones generales están escritas y disponibles, bien en el mismo documento contractual bien en otro a que se hace referencia expresa, como son los documentos en que figuran las tarifas o comisiones publicadas por el Banco, que siempre están a disposición del cliente. No se acierta a entender por qué no pueden incluirse los intereses en la cantidad reclamada, porque todas las cláusulas son claras, sencillas y concretas, de acuerdo con las normas

⁵⁴ SAP de Orense (Sección Única), de 19-7-1999 (Recurso de Apelación núm. 780/1998) (AC 1999\1232), F.D.3º.

*generales de interpretación de los contratos que contienen los artículos 1281 y siguientes del Código Civil*⁵⁵.

b") Nulidad de las cláusulas relativas a descubiertos.

*Algunas Audiencias Provinciales como Palma de Mallorca de 17 octubre 1994 (AC 1994\2030) y Tarragona de 20 marzo 1995, en supuestos de cláusulas análogas a la analizada de remisión a los tipos de interés que el Banco tenga publicados para el supuesto de descubierto, declaran su nulidad por infracción del artículo 10.1, a) LGDGU y porque aquéllas al ser prefijadas preordenadamente por el predisponente contraviene el principio de buena fe y justo equilibrio de prestaciones [artículo 10.1.c) de la misma Ley] y un sector doctrinal llega a análoga solución aplicando la norma 7.4 apartado d) de la Orden Ministerial 12 diciembre 1989, que prohíbe a los Bancos tomar como referencia los intereses fijados por la propia Entidad y la misma norma en su apartado c) que prohíbe expresamente las remisiones genéricas a las tarifas, pero esta Sala manifiesta el criterio de su validez -siguiendo la mayoritaria tesis de las Audiencias citadas por la parte recurrente (Ávila 12 de diciembre de 1990; Málaga 26 de septiembre de 1991; Sevilla 27 de abril de 1993; y Huelva 1 de octubre de 1993)-*⁵⁶.

c") Nulidad de las cláusulas relativas a intereses.

Resulta irrelevante que el interés que pretende aplicarse pueda no exceder del límite máximo previsto en el apartado 4 del art. 19 de la Ley de Crédito al Consumo pues, nulas de pleno derecho las cláusulas relativas a intereses, según

⁵⁵ SAP de Sevilla (Sección 5ª.), de 14-5-1996 (Rollo de Apelación núm. 720/1996) (AC 1996\972), F.D.2º.

⁵⁶ SAP de Córdoba (Sección 2ª.), de 22-3-1996 (Rollo de Apelación núm. 63/1996) (AC 1996\543), F.D.4º.

*lo antes razonado, ningún interés es exigible con base en el contrato, cualquiera que sea la práctica habitual en la materia, siendo de resaltar que también dicho art. 19 obliga a informar al consumidor por escrito de los tipos de interés, gastos aplicables y modificaciones*⁵⁷.

b') Indemnización de daños y perjuicios: responsabilidad.

a") Doctrina jurisprudencial general: responsabilidad objetiva o subjetiva.

*En efecto los arts. 25 a 28 de la citada Ley (Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) se ocupare de la responsabilidad con graves imperfecciones técnicas y un alto grado de oscuridad. Ello ha dado lugar a una polémica doctrinal sobre el carácter subjetivo u objeto de la responsabilidad regulada en alguno de sus preceptos, si bien la generalidad de la doctrina entiende que los aludidos preceptos, regulan dos regímenes de responsabilidad: uno general, de carácter subjetivo o por culpa, sin perjuicio de la posible inversión de la carga de la prueba a favor del perjudicado (arts. 26 y 27); y otro particular, de carácter objetivo (art. 28)*⁵⁸.

b") Actividad bancaria: inaplicación del sistema de responsabilidad objetiva.

Estos niveles que se presuponen de forma específica y numerativa en su párrafo 2º. (del art. 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios): productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y

⁵⁷ SAP de Orense (Sección Única), de 5-1-2000 (Recurso de Apelación núm. 45/1999) (AC 2000\7), F.D.3º.

⁵⁸ SAP de Córdoba, de 1-10-1998 (Recurso de Apelación núm. 323/1997) (AC 1998\7565), F.D.8º.

electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor, juguetes y productos dirigidos a niños, no son aplicable a la actividad bancaria, por lo que habrá que acudir al régimen de los arts. 25 y 26, cuya interpretación racional e integral no autoriza a prescindir del factor culpa en el presunto responsable, siendo, por tanto de aplicación la normativa general de la culpa extracontractual del art. 1902 CC⁵⁹.

d) Cuasi contratos: cobro de lo indebido.

a') *Doctrina jurisprudencial general: contenido de la acción y requisitos.*

La obligación de restituir del demandado tiene su fundamento en la doctrina del pago o cobro de lo indebido (...), que consiste en devolver aquello que una persona satisfizo a otra, a la que se creía erróneamente con derecho a percibirlo, incrementando injustamente o sin causa jurídica su patrimonio a costa de aquella otra. Actualmente la doctrina del llamado cobro de lo indebido no se fundamenta tanto en el enriquecimiento indebido sino en la obtención sin causa alguna para adquirir, por lo que la acción concedida por el Código no es en sentido estricto una acción de enriquecimiento, sino una acción recuperatoria de lo pagado sin justa causa y por error⁶⁰.

No puede el que cobró indebidamente oponer al que erróneamente pagó las posibles excepciones que pudiera tener frente a un tercero, porque el derecho en virtud del que reclama el perjudicado proviene "ex proprio iure", al margen de la relación que pudiera haber en un derecho específico, cual el derivado del quasi contrato reconocido por el Código, en todo caso extraño a cualquier otra

⁵⁹ SAP de Córdoba, de 1-10-1998 (Recurso de Apelación núm. 323/1997) (AC 1998\7565), F.D.8°.

⁶⁰ SAP de Asturias (Sección 6ª.), de 14-5-1998 (Rollo de Apelación núm. 857/1997) (AC 1998\5604), F.D.3°.

*relación jurídica, precisamente porque, de existir ésta, no nos encontraríamos en presencia del instituto del pago de lo indebido*⁶¹.

b') Supuesto: retrocesión de pensiones, indebidamente percibidas por una hija al fallecimiento de su padre, en cuenta corriente indistinta abierta por ambos.

*La devolución o retrocesión a la TGSS (Tesorería General de la Seguridad Social) de las pensiones indebidamente abonadas por su conducto se hizo, no en virtud de orden expresa de la demandada sino por imperativo legal (...). No puede reputarse que la retrocesión es de las pensiones indebidamente percibidas por la demandada a la TGSS se hubiera realizado en el marco de esa relación de mandato o «servicio de caja», propia del contrato de cuenta corriente por el solo hecho de estar domiciliada en ésta el cobro de la pensión*⁶².

e) Culpa contractual: existencia de responsabilidad (falta de diligencia del banco).

*El propio Banco de España ya determinó que la [Caja (X)] no se ajustó a las buenas prácticas y usos bancarios al consentir la disposición de la cuenta de la reclamante por una tercera persona ajena a la misma, sin recabar su autorización expresa, concluyendo que corresponde a los tribunales valorar los perjuicios derivados del quebrantamiento de la normativa o de las buenas prácticas y usos bancarios (f. 17)*⁶³.

⁶¹ SAP de Asturias (Sección 6ª.), de 14-5-1998 (Rollo de Apelación núm. 857/1997) (AC 1998\5604), F.D.3º.

⁶² SAP de Asturias (Sección 6ª.), de 14-5-1998 (Rollo de Apelación núm. 857/1997) (AC 1998\5604), F.D.2º.

⁶³ SAP de Murcia (Sección 2ª.), de 30-1-2001 (Recurso de Apelación núm. 380/2000) (JUR 2001\83233), F.D.3º.

En consecuencia procede confirmar la sentencia y estimar que el banco incurrió en una falta de diligencia sancionable con la devolución a la titular del dinero indebidamente traspasado con los intereses fijados e imponer las costas del recurso al amparo del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁶⁴.

f) Intereses.

a') Interés nominal anual (falta de especificación en el contrato).

Negando ante todo que las Circulares del Banco de España tienen eficacia vinculante para el cliente, por lo que respecta al «quantum» del interés nominal, después de concluir que este interés aunque no pactado expresamente forma parte del contenido natural del contrato bancario en cuestión, hemos de recurrir al artículo 1108 del CC, el cual, a falta de un pacto expreso, obliga al deudor al pago del interés legal de la cantidad adeudada, siendo, pues, de aplicación cuando no hay pacto en contrario [SSTS de 3 noviembre 1988 (RJ 1988\8410) y 29 noviembre 1991 (RJ 1991\8577)]. Ha de precisarse que el artículo 1108 del CC se aplica aquí por analogía, puesto que está previsto sólo para los intereses de demora. No obstante, ello no impide que el TS haya aplicado los intereses legales –así en relación con el artículo 1755 del CC– cuando no se ha pactado la cuantía de los intereses remuneratorios [S. 11 marzo 1931 (RJ 1930\1968)], pudiendo ser también de aplicación tal criterio a los descubiertos de una cuenta corriente bancaria. Establecido, pues, que los intereses que ha de pagar el demandado son los intereses legales, hemos de hacer las siguientes precisiones: a) se calcularán sobre la deuda principal que asciende a 218.318 pesetas; y b) que empiezan a computarse desde la fecha de

⁶⁴ SAP de Murcia (Sección 2ª.), de 30-1-2001 (Recurso de Apelación núm. 380/2000) (JUR 2001\83233), F.D.4º.

*apunte de la deuda en la cuenta corriente, que tuvo lugar el 5 de junio de 1998, hasta la fecha de la interposición de la demanda*⁶⁵.

b') Intereses moratorios.

a") El tipo de demora convenido en la póliza de afianzamiento no es aplicable a la cuenta corriente: falta de prueba del tipo aplicable al saldo deudor de la cuenta.

*Aunque la sentencia de instancia no lo razone la desestimación de esta pretensión (de la parte actora que reclama intereses pactados al tipo del 29% desde la cancelación de la cuenta hasta la fecha de su completo pago) es correcta por dos razones: a) porque el tipo de demora convenido en la póliza de afianzamiento no es aplicable a la cuenta corriente establecida entre las partes litigantes. b) porque no se ha probado cuál sea el tipo de demora aplicable al saldo deudor de la cuenta corriente referenciada pactado entre las partes*⁶⁶.

b") Intereses conformes a los usos bancarios, a las disposiciones integradoras de la voluntad contractual, a la O. 12 diciembre 1989 y a la Circular 8/1990, de 7 septiembre.

En lo que respecta a la condena a la satisfacción de los intereses moratorios del 24% que determina la sentencia apelada, es de confirmar asimismo tal pronunciamiento (...), en cuanto tales intereses responden a los usos bancarios, a las normas o disposiciones integradoras de la voluntad

⁶⁵ SAP de Granada (Sección 3ª.), de 11-9-2000 (Recurso de Apelación núm. 390/2000) (AC 2000\2379), F.D.4º.

⁶⁶ SAP de Segovia, de 19-1-2000 (Recurso de Apelación núm. 317/1999) (AC 2000\239), F.D.3º.

contractual, y están atemperados a las prescripciones de la Orden de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de intereses y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, y a la Circular 8/1990, de 7 de septiembre dictada por el «Banco de España» a las entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección a la clientela, y en la que se establece un sistema de publicidad de intereses aplicables a descubiertos en cuenta corriente, mediante tableros de anuncio debidamente situados para atraer la atención del público y la obligación de remisión al «Banco de España» de información sobre tipo de interés aplicado⁶⁷.

c') Intereses por descubierto.

a") Aplicación del interés legal del dinero al saldo deudor desde el cierre de la cuenta.

Respecto de los intereses de dicho descubierto, ha de recordarse la distinción entre intereses remuneratorios y moratorios, a la que se refieren, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 diciembre 1983 (RJ 1983\6937) y 12 marzo 1991 (RJ 1991\2219), y las de esta Audiencia Provincial (Sección 1ª.) de 2 junio 1988 y 17 febrero 1992 (AC 1992\265).

Los primeros suponen la contraprestación por el capital prestado o el crédito concedido, mientras que los segundos tienen una finalidad sancionadora del retraso o demora en el cumplimiento del contrato e indemnizatoria de los perjuicios derivados de esa demora, conforme a lo previsto en los artículos 1101 y 1108 del Código Civil y 316 del Código de Comercio. Es evidente que los intereses que puede cargar en cuenta una entidad bancaria por razón de descubiertos son intereses básicamente remuneratorios, puesto que mientras no se proceda al cierre de la cuenta no

⁶⁷ SAP de Barcelona (Sección 12ª.), de 18-1-1999 (AC 1999\19), F.D.4º.

*existe saldo exigible y, por tanto, no cabe hablar de mora. Estos son los publicados por la entidad bancaria de acuerdo con las Ordenes Ministeriales de 3 marzo 1987 y 12 diciembre 1989 y diversas Circulares del Banco de España dictadas en desarrollo de las mismas. Después del cierre de la Cuenta litigiosa y de la reclamación del saldo deudor (...), pueden aplicarse únicamente los intereses moratorios que, en defecto de pacto expreso, consisten en el abono del interés legal del dinero*⁶⁸.

b") Capitalización incorrecta de los intereses de descubierto: anatocismo.

*Pero en lo que sí habrá de darse la razón a la demandada recurrente es en que la actora apelada no actuó correctamente al capitalizar periódicamente como hizo los intereses del descubierto en cuenta, observándose en el desarrollo de ésta que ciertamente se iban acumulando el capital y los intereses, de forma que éstos iban produciendo intereses sobre intereses; pues, siendo uso mercantil frecuente el que en los contratos bancarios las partes pacten que los intereses vencidos y no satisfechos se capitalicen para, junto al capital, seguir produciendo intereses, lo que doctrinalmente se conoce con el nombre de «anatocismo convencional», y esta posibilidad que expresamente tiene reconocida la Jurisprudencia, por el juego del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1255 del Código Civil (...), en el presente caso las partes no estipularían en el contrato de cuenta corriente la capitalización de los intereses vencidos y no satisfechos para seguir produciendo intereses, con lo que el banco actor, con su actuar antes descrito, incurre en infracción del artículo 317 del Código de Comercio, en relación con el artículo 1109 del Código Civil, que, no apreciada por la Sentencia apelada, obliga hoy a estimar, en este concreto punto, el recurso y deducir del saldo deudor pretendido las sumas indebidamente contabilizadas*⁶⁹.

⁶⁸ SAP de Asturias, de 14-3-1995 (Rollo de Apelación núm. 502/1994) (AC 1995\422), F.D.5°.

⁶⁹ SAP de Madrid (Sección 21ª.), de 20-9-1999 (Recurso de Apelación núm. 126/1998) (AC 1999\2331), F.D.7°.

c") *Comunicación telegráfica al demandado de la cuantía del tipo de interés aplicable con anterioridad a la presentación de la demanda.*

A los efectos de publicidad a los clientes de la entidad bancaria, la norma 5ª. de la disposición antes citada (la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de Crédito), disponía que en todas y cada una de las oficinas abiertas al público, habría de fijarse, en el tablón de anuncios permanentes, situado en lugar destacado y de forma que atrajera la atención del público, un anuncio en el que, entre otras noticias, se participasen las modificaciones del tipo de interés, comisiones o gastos repercutibles en contratos de duración indefinida⁷⁰.

Los requisitos anteriormente expuestos fueron cumplidos por la entidad actora, según sus propias manifestaciones no desvirtuadas de contrario, y por otra parte la cuantía del tipo de interés aplicable, se comunicó telegráficamente al demandado señor M. M., con anterioridad a la presentación de la demanda, según consta en los autos, sin que por el mismo se formulara reclamación alguna ante el Servicio existente a tales fines que en el «Banco de España»⁷¹.

d") *Remisión en el contrato a «los publicados en cada momento por el Banco» (cláusula abusiva).*

Ante la falta de condiciones particulares pactadas (el apartado correspondiente se halla en blanco) la única remisión a los intereses por descubierto se contiene en el apartado 2.6 del contrato el cual se remite a «los publicados en cada momento por el Banco». La cláusula adolece de la concreción, claridad y sencillez exigida por el art. 10.1 de la Ley General de

⁷⁰ SAP de Sevilla (Sección 6ª.), de 5-5-1997 (Rollo de Apelación núm. 452/1996) (AC 1997\1151), F.D.5º.

⁷¹ SAP de Sevilla (Sección 6ª.), de 5-5-1997 (Rollo de Apelación núm. 452/1996) (AC 1997\1151), F.D.6º.

Consumidores y Usuarios y es contraria a la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones exigidos con carácter general en los arts. 1256 y 1258 del Código Civil y, específicamente, en el mencionado art. 10 cuyo apartado 1 c).4º. rechaza las condiciones abusivas de crédito, sancionando con la nulidad de pleno derecho las cláusulas que incumplan los requisitos anteriores, lo que conlleva su inaplicación, sin necesidad de acudir a la Ley de Crédito al Consumo, aún no publicada al tiempo de la apertura de la cuenta litigiosa⁷².

d') Intereses pactados en las condiciones generales.

De una parte el contrato de cuenta corriente es de duración indefinida en el que los intereses, por su propia naturaleza, no son de tipo fijo, por lo que esa determinación relativa en el momento de suscripción o apertura del contrato no puede conllevar la nulidad de la cláusula al no ser un defecto imputable exclusivamente al banco sino a ambas partes contratantes y, de otra, la aplicación de la norma 7, apartados c) y d) de la O.M. 12-12-1989, resulta, cuando menos, forzada, por cuanto el primero se refiere a comisiones y gastos y el segundo a modificación de intereses previamente pactados, y no a descubiertos en cuenta corriente, por ello lo esencial en el caso que nos ocupa, será que el tipo de interés aplicable se determine conforme a las normas o disposiciones integradoras de la voluntad contractual y los usos bancarios y, en todo caso, que el consumidor haya podido tener conocimiento en cada momento del interés aplicado al descubierto⁷³.

g) Procedimiento judicial.

⁷² SAP de Orense (Sección Única), de 19-7-1999 (Recurso de Apelación núm. 780/1998) (AC 1999\1232), F.D.1º.

⁷³ SAP de Córdoba (Sección 2ª.), de 10-5-1999 (Recurso de Apelación núm. 66/1999) (AC 1999\1019), F.D.5º.

a') *Legitimación pasiva: demandada interviniente en su propio nombre en la suscripción del contrato de cuenta corriente.*

La actora al demandar a la señora G. dirigió acertadamente su demanda, por cuanto que aparecerá probado que aquélla intervino en su propio nombre en la suscripción del contrato de cuenta corriente del que surge la acción que contra ella se ejercita, por lo que (...) el procedimiento se habrá desarrollado entre las personas afectadas por la relación jurídico-procesal sobre las que versa el litigio, teniendo dicho el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de julio de 1993 (RJ 1993\5805) (que, aunque referida a contrato de cuenta corriente bancaria, resultará aplicable al supuesto enjuiciado), que si bien la titularidad plural de la cuenta no determina un condominio sobre el saldo, que es definido por las relaciones internas entre los cotitulares, «las responsabilidades que surgen de ella frente al banco corresponden en relación litisconsorcial a los cotitulares de la misma»; por todo lo cual procederá desestimar, una vez más, ambas excepciones hoy convertidas, vía su reproducción, en motivos del recurso⁷⁴.

b') *Litisconsorcio pasivo necesario: es innecesario demandar a los miembros de una comunidad de propietarios a los que la entidad concertante representaba.*

A la vista de los precedentes datos y especialmente del contenido del documento de apertura de la cuenta corriente litigiosa, es obligado llegar a la conclusión de que se trata de una cuenta individual, concertada con «Asturcosa», cualesquiera que fueran las relaciones internas entre esta entidad mercantil y los componentes de la comunidad de propietarios del «Edificio Panorama». La circunstancia de que figure este nombre en el epígrafe de la

⁷⁴ SAP de Madrid (Sección 21ª), de 20-9-1999 (Recurso de Apelación núm. 126/1998) (AC 1999\2331), F.D.3º.

cuenta no puede significar la atribución de una cotitularidad en la misma. Tiene únicamente la finalidad práctica de su identificación, para distinguirla de otras cuentas abiertas por «Asturcosa» en la misma entidad bancaria (...). Las relaciones existentes entre «Asturcosa» y las personas que le otorgaron los poderes obrantes en los autos -terceros con respecto de la Caja de Ahorros- se rigen por las normas del mandato y son puramente internas entre mandantes y mandataria. De ahí que deba rechazarse la excepción de litisconsorcio pasivo necesario opuesta por la demandada, con base en la alegación de no haber sido traídos al proceso como demandados los supuestos cotitulares de la cuenta litigiosa⁷⁵.

c') Prueba: medios probatorios.

a") Documentos públicos.

La permisión del art. 505 LEC para presentar en copia simple el documento o documentos en que la parte interesada funde su derecho viene expresamente referida al documento público; sin embargo, ello no es obstáculo para que con relativa frecuencia se lleven a cabo aportaciones de documentos privados en copia o fotocopia. Tal práctica no es necesariamente heterodoxa en función del precepto citado, que sólo se refiere a documentos que compongan el soporte básico de la pretensión (...). Se podría calificar de razonable la doctrina jurisprudencial la que precisa que la fotocopia por sí sola carece de valor probatorio, pero advenida o confirmada su autenticidad, alcanza el correspondiente a los documentos privados (ver STS de 20-4-1993)⁷⁶.

⁷⁵ SAP de Asturias, de 14-3-1995 (Rollo de Apelación núm. 502/1994) (AC 1995\422), F.D.3°.

⁷⁶ SAP de Córdoba (Sección 2ª.), de 10-5-1999 (Recurso de Apelación núm. 66/1999) (AC 1999\1019), F.D.2°.

b") *Documentos privados.*

Impugnada la fotocopia aportada con la demanda relativa a la suscripción por el demandado del contrato de cuenta corriente núm. ... con la actora, la autenticidad de la firma como correspondiente al demandado se deduce de las conclusiones del perito calígrafo (...), en este sentido la STS de 18-7-1990 (RJ 1990\5948) permite la verificación pericial de firmas en fotocopias⁷⁷.

h) *Transferencia bancaria.*

a') *Cargos realizados por la entidad bancaria aprobados tácitamente por el titular de la cuenta.*

En definitiva, estimándose el recurso de apelación, la demanda debe desestimarse, con revocación de la sentencia de instancia, y ello sin entender aplicable al supuesto de autos la doctrina sobre el levantamiento del velo, entendida como una facultad de la entidad crediticia para traspasar cantidades de unas cuentas de unos titulares a otras de personas distintas, según sus conveniencias, lo que ciertamente no ampara dicha doctrina, como se deduce de la sentencia de instancia, cuya fundamentación al respecto sí compartimos.

La demanda se debe desestimar, como se viene exponiendo, por la consideración de que de la prueba se deduce la existencia de consentimiento y orden de transferencia por parte del titular en los cargos realizados cuya impugnación y falta de consentimiento es la que motiva la acción ejercitada. No se prueba por la parte actora dicho presupuesto fáctico, quedando por el contrario probado, por todo lo expuesto que medió el consentimiento preciso para legitimar la actuación de la entidad demandada, que en definitiva no

⁷⁷ SAP de Córdoba (Sección 2ª.), de 10-5-1999 (Recurso de Apelación núm. 66/1999) (AC 1999\1019), F.D.3º.

*resulta obligada a la devolución de las cantidades reclamadas en aquélla por no ser la destinataria de las mismas y haber obrado en base a las instrucciones de su cliente, aun cuando no conste por escrito la orden correspondiente*⁷⁸.

b') Transferencia efectuada por la entidad bancaria a favor de una tercera persona con cargo al actor titular de la cuenta, que no fue ordenada por éste.

*Si hubo orden de transferencia -lo que no aparece acreditado- tal orden (según el documento que comentamos) no la dio su titular el actor sino la entidad «Princome, SA», y en su caso su representante legal. Pero es que además, es preciso resaltar la contestación a las posiciones que se le formulan al representante legal del Banco demandado señor V. M. (folios 77 y 78) a las que contesta de modo afirmativo, es decir, reconociendo; que para cualquier movimiento bancario sobre la cuenta corriente del señor H. (actor) se requiere su autorización expresa; que en modo alguno el Banco está facultado para disponer en favor de un tercero de cantidades depositadas en la cuenta del demandante, sin previo conocimiento y consentimiento de éste; que para realizar una transferencia bancaria con cargo a la cuenta del actor es obligatorio que éste firme los impresos habilitados al efecto; que no ha encontrado esa orden de transferencia o no está, y que es obligación del Banco conservar durante cinco años toda la documentación y justificantes concernientes a las operaciones realizadas y a disposición de cualquier cliente*⁷⁹.

⁷⁸ SAP de Jaén (Sección 1ª.), de 31-7-1997 (Rollo de Apelación núm. 95/1997) (AC 1997\1496), F.D.4º.

⁷⁹ SAP de Málaga (Sección 4ª.), de 30-10-1997 (Rollo de Apelación núm. 923/1996) (AC 1997\2530), F.D.2º.

B.- LA COMPENSACIÓN BANCARIA.

a) Compensación convencional.

a') Actuación de entidad bancaria conforme a lo estrictamente pactado.

Ha de considerarse la especificidad del pacto contenido en los tan repetidos documentos y la generalidad y amplitud de las facultades que atribuían al banco, en virtud de las cuales se le permitía «... en cualquier momento cancelar aquella(s) posición(es) con cargo a ésta(s), sirviendo esta carta de documento justificativo para hacer las oportunas operaciones de traspaso y consiguientes cargos y para cancelar en su caso los depósitos de efectivos y de valores y los certificados de titularidad o documentos similares y para vender los títulos valores, efectos o activos financieros, públicos o privados, en general, amparados en los mismos, destinando el importe que se obtenga a la citada cancelación, todo lo cual podrá efectuar el Banco en el momento que tenga por conveniente, en la forma que desee y eligiendo la(s) posición(es) que estime oportuno, con la sola limitación de que la enajenación de valores y activos se efectúe con cumplimiento de los requisitos formales legalmente establecidos...».

Como sea que en su contexto esta última mención hay que entenderla referida a los requisitos generales de la enajenación según la clase de los títulos y no a los especiales contenidos en los arts. 320 y ss. CCo., y no siendo objeto de discusión el hecho de que el saldo de la cuenta corriente de que dispuso el banco para liquidar el préstamo prevenía de los títulos de deuda pública a que aquellos documentos se referían, se impone la conclusión de que en su actuación no infringió ninguno de dichos preceptos sino que se acomodó

*de manera estricta a lo específicamente pactado, en términos vinculantes y preferentes por disposición de los arts. 1255, 1258 y demás concordantes CC*⁸⁰.

b') Aplicación de cantidad no a la finalidad compensatoria sino a «traspaso por cargo impagado».

Examinadas las actuaciones consta que la reiterada cantidad fue aplicada, no a la aludida finalidad compensatoria, sino a «traspaso por cargo impagado»; deviniendo por tanto el alegato impugnante totalmente carente de fundamento ante la evidencia que la «documental» muestra.

*Es por ello que debe ser desestimado el recurso que tan infundadamente se deduce, debiendo abonar las costas de esta alzada al apelante*⁸¹.

C.- CHEQUES, LETRAS DE CAMBIO Y PAGARÉS.

a) Cheques.

a') Doctrina jurisprudencial general: cheque bancario.

a'') Concepto.

⁸⁰ SAP de Alicante (Sección 4ª.), de 2-7-1999 (Recurso de Apelación núm. 494/1997) (AC 1999\1692), F.D.3º.

⁸¹ SAP de Almería (Sección 2ª.), de 5-12-1998 (Rollo de Apelación núm. 128/1998) (AC 1998\2533), F.D. Único.

Al respecto debe resaltarse que el cheque litigioso constituye un denominado «cheque bancario», librado por un Banco contra una oficina propia, modalidad esta regulada en el artículo 112 de la Ley Cambiaria y del Cheque. Indica la doctrina mercantilista que si un cheque de esta clase es pagadero al portador no se diferencia sensiblemente en sus efectos jurídicos de un billete de banco, modalidad prohibida en algunas legislaciones por cuanto que por tal sistema un banco podría procurarse grandes recursos dinerarios de los que no necesitaría pagar intereses, pero dado que la Ley Cambiaria y del Cheque de 1985 nada indica al respecto, entiende la doctrina que tales cheques pueden ser librados al portador siempre que vayan contra otra agencia o sucursal del mismo banco, lo que así efectivamente viene sucediendo en la práctica bancaria del país⁸².

b") Requisitos.

Como se dice el cheque litigioso responde a la aludida modalidad de cheque bancario. Esta clase de documentos solamente lo emiten los Bancos y Cajas de Ahorros, a cargo de las oficinas de las propias entidades, fuera o dentro de la misma plaza, supuesto este último al que corresponde el caso de autos. Solamente se procede a la emisión del cheque bancario a petición de la parte interesada y previo pago de su importe, bien por medio de cargarlo en la cuenta del interesado o por entrega de dinero en efectivo. Su anulación sólo puede llevarse a cabo por el peticionario y previa entrega del documento a la entidad emisora, pero nunca por ésta, que previamente se ha resarcido de su importe, cobrando en la mayoría de los casos una comisión por su emisión⁸³.

b') Acciones cambiarias.

⁸² SAP de Orense, de 21-3-1994 (Rollo de Apelación núm. 405/1993) (AC 1994\392), F.D.1º.

⁸³ SAP de Orense, de 21-3-1994 (Rollo de Apelación núm. 405/1993) (AC 1994\392), F.D.2º.

a") *Acción de enriquecimiento sin causa.*

1. Legitimación activa: Caja de Ahorros tenedora de cheque cruzado al portador, cuyo importe, a pesar de no ser la librada, abonó a su primitivo tenedor.

Pero es que aun cuando, en términos meramente dialécticos, se admitiera que la Caja de Ahorros era la tenedora legítima del cheque, a todos sus efectos, y no como simple mandataria o comisionista para su cobranza, la acción de enriquecimiento injusto (...) solamente podría ejercitarla cuando no dispusiera de acción causal alguna, supuesto que aquí no se da, pues la Caja de Ahorros disponía y dispone de la correspondiente acción causal contra el primitivo tenedor del cheque (señor V. R.), si es que éste se lo transmitió por otro concepto («causa») distinto de la tantas veces repetida comisión de cobranza, y, en todo caso, siempre tendrá la que deriva de la expresada relación de mandato o comisión (...).

Como ya se dijo, el tercero de los argumentos en que la sentencia recurrida basa la «ratio decidendi» de su pronunciamiento desestimatorio de la demanda, se expresa así: «además es requisito para que pueda prosperar la acción ejercitada, que sea contra quien se ejercita, aquella persona que se haya enriquecido sin justa causa, careciendo en consecuencia en este caso el actor de legitimación «ad causam» contra el demandado, ya que en todo caso en el supuesto contemplado de haber habido un enriquecimiento injusto, éste hubiera sido a favor del endosante el cual no ha sido demandado»⁸⁴.

2. Requisitos.

⁸⁴ STS (Sala de lo Civil), de 12-6-1994 (Recurso núm. 2203/1991) (RJ 1994\4811), F.D.5°.

a) La acción que el tenedor de un cheque puede ejercitar contra el librador o endosante (transmitente) del mismo, que se hubiera enriquecido injustamente en su perjuicio, es de naturaleza subsidiaria, por cuanto la misma sólo puede ser ejercitada cuando dicho tenedor hubiere perdido la acción cambiaria y no pudiere ejercitar acciones causales contra ninguno de ellos, según establece expresamente el párrafo segundo del artículo 153, en relación con el 65, ambos de la Ley Cambiaria y del Cheque (...).

b) Por otro lado, la viabilidad de toda acción por enriquecimiento injusto exige que el empobrecimiento del actor vaya acompañado de un correlativo e injustificado aumento del patrimonio del demandado⁸⁵.

b") Prescripción.

1. Acción causal ejercitada por el tenedor.

Se discrepa de la tesis sustentada en la sentencia apelada respecto de que la acción ejercitada deba calificarse como acción cambiaria del regreso distinta de la acción causal, pues el negocio jurídico subyacente o negocio causal viene a estar constituido por la entrega de fondos a un banco a cambio de un documento justificativo, que es el cheque bancario. Como consecuencia de todo ello el plazo de prescripción es el ordinario de 15 años establecido en el artículo 1974 del Código Civil⁸⁶.

2. Acción personal derivada de un contrato de cuenta corriente con posibilidad de disposición de dinero por medio de cheques.

⁸⁵ STS (Sala de lo Civil), de 12-6-1994 (Recurso núm. 2203/1991) (RJ 1994\4811), F.D.6°.

⁸⁶ SAP de Orense, de 21-3-1994 (Rollo de Apelación núm. 405/1993) (AC 1994\392), F.D.3°.

La excepción de la prescripción de la acción ejercitada en la demanda, sobre la base de que se ejercitaba una acción de responsabilidad extracontractual y habría, en ese caso, transcurrido el plazo del año que para el ejercicio de esas acciones establece el art. 1968 CC, ha de ser desestimada pues la misma parte de un presupuesto erróneo, cual es el de que la parte actora ejercita una acción de responsabilidad extracontractual, ya que lo que ejercita es una acción derivada de un contrato de cuenta corriente con posibilidad de disposición de dinero por medio de cheques, como se deduce, inequívocamente, de las referencias que a dicho contrato y a los talones se hace en todos los hechos de la demanda, así como en las referencias que en los fundamentos se hace al contrato de depósito, relaciones todas ellas que tienen un claro carácter de tipo contractual⁸⁷.

c') Anticipo del importe de unos cheques por el banco.

No puede seriamente pretenderse extraer consecuencias y responsabilidades del banco, simplemente por haber confiado en el crédito de su cliente y haberle anticipado el valor de unos cheques, que posteriormente resultaron impagados por el tercero librador de los mismos por falta de fondos en la cuenta de la entidad librada, pues ningún perjuicio puede derivarse de un acto positivo y beneficioso para su cliente, no existiendo relación de causalidad adecuada y eficiente entre la concesión del anticipo y la ruina del actor, que debió necesariamente haber calculado su fuerza y medios para llevar a cabo el negocio que emprendió y sobre todo debió cerciorarse de la buena fe y solvencia, que la realidad ha puesto de manifiesto que no tenían sus socios ingleses⁸⁸.

⁸⁷ SAP de Cádiz (Sección 6ª.), de 18-2-2000 (Recurso de Apelación núm. 138/1999) (AC 2000\1330), F.D.2º.

⁸⁸ SAP de Sevilla (Sección 8ª.), de 12-3-2001 (Recurso de Apelación núm. 176/2000) (AC 2001\161), F.D.4º.

d') *Cesión de cheque para gestión de cobro.*

a") *Ausencia de pacto sobre la comisión a percibir por el banco: restitución del exceso indebidamente cobrado.*

El motivo se ha planteado con omisión de la valoración de la prueba por la Sala de Apelación, según la cual el actor, ahora recurrente, no ha probado que pactase con el banco el pago de los gastos de corresponsalía sin serle de aplicación las tarifas al uso. Por tanto, es claro el derecho del banco a su cobro, habida cuenta de que aquel resultado probatorio no se ha impugnado en el recurso. No existe esa duda de la que se habla en el motivo. El artículo 59 del Código de Comercio no es norma que pueda justificarlo, porque se refiere a dudas que «no puedan resolverse con arreglo a lo establecido en el artículo 2 de este Código», y en este precepto se hace una expresa remisión a los «usos del comercio» observados generalmente en cada plaza, y el cobro de una comisión por la gestión de cobro se ha probado que es un uso bancario, dependiendo su cuantía de las circunstancias de cada caso, siendo las aprobadas por el Banco de España de carácter máximo, no obligatorias en su cobro. Por todo ello el motivo se desestima⁸⁹.

b") *Cobro de lo indebido: restitución de intereses.*

(El Banco) se cobró, por su propia autoridad, unilateralmente, el precio de un servicio cuyo importe no se había pactado en el documento justificativo de la operación (formulario del banco), ni hay prueba de que el recurrente lo conociese. Por tanto, realizó un cobro de lo indebido de forma por lo menos negligente, pues sólo a él le es imputable el desconocimiento de su cuantía por el deudor, que éste rechazó inmediatamente hasta el punto de acudir a la vía

⁸⁹ STS (Sala de lo Civil), de 30-3-1994 (Recurso núm. 1816/1991) (RJ 1994\2311), F.D.3°.

penal, que ante su fracaso, y la persistencia en su conducta por el banco, le ha obligado a pleitear para conseguir el reconocimiento de sus derechos. Así las cosas, hay que aplicar por evidente analogía el artículo 1896 del Código Civil, y cortar de este modo conductas abusivas de los deudores, que pretenden disfrutar del dinero ajeno sin ninguna responsabilidad y fomentan extraordinariamente los litigios, ya que siempre les resultará en sus cálculos mejor litigar que no pagar⁹⁰.

e') Cheque falso o falsificado: pago indebido.

a") Cargo en cuenta corriente distinta a la cancelada sin autorización del cliente.

Aun prescindiendo de la falsedad de los cheques, habría que desestimar el recurso, pues, insistimos, las reglas y prácticas que rigen el contrato de cuenta corriente en ningún caso autorizan a la entidad bancaria a, sin la autorización del cliente, cargar los cheques librados en una cuenta distinta, por la vía de alterar los dígitos del número de cuenta que aparece en tales documentos (folio 34), pues la entidad sólo estaba autorizada a cargarlos en la cuenta que figuraba en los talones, si voluntariamente quería hacerlo, pues no existía saldo y no estaba obligada «ex» art. 250 del CCo., todo ello, según es práctica bancaria, en cuyo caso está legitimado a exigir al cliente la restitución de las cantidades en descubierto de esa cuenta pero no de otra⁹¹.

b") Responsabilidad exclusiva de la entidad.

⁹⁰ STS (Sala de lo Civil), de 30-3-1994 (Recurso núm. 1816/1991) (RJ 1994\2311), F.D.7º.

⁹¹ SAP de Cádiz (Sección 6ª.), de 18-2-2000 (Recurso de Apelación núm. 138/1999) (AC 2000\1330), F.D.5º.

Establece el art. 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque que: «El daño que resulte de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques, o hubiere precedido con culpa». Este precepto, que por cierto no ha sido citado por ninguna de las partes ni tampoco por el Juzgador de instancia en su sentencia, viene a establecer la imputación inicial «ex lege» a la entidad librada de las consecuencias dañosas que provoca el pago de un cheque falso o falsificado y el fundamento y racionalidad de ese estricto régimen de responsabilidad quasi-objetivo debe buscarse en la doctrina del riesgo profesional o teoría de creación por el riesgo creado, por lo que la entidad librada debe soportar los riesgos de la actividad profesional que desempeña ya que, en última instancia, esa actividad es la que los genera [STS de 9-2-1998 (RJ 1998\705)]⁹².

c”) Sustracción del talonario: burda imitación de la firma.

De la simple comparación de las firmas que aparecen en las fotocopias del pasaporte del titular de la cuenta y de uno de los cheques falsificados (folio 34), se comprueba fácilmente que la firma que aparece en este documento es una burda imitación (...). En cuanto a que no se ha acreditado la negligencia de los empleados de la entidad bancaria, la misma es patente desde el momento en que hemos dejado sentado que la firma estampada es una burda imitación. Además, como ya hemos señalado, el citado art. 156 de la LC establece una responsabilidad cuasi-objetiva de la entidad bancaria, de la que sólo se podrá librar si prueba la negligencia del librador en la custodia del talonario, no siendo necesario, por tanto, que éste acredite la falta de diligencia de los empleados de aquélla. Por lo demás, tampoco la entidad apelante ha

⁹² SAP de Cádiz (Sección 6ª.), de 18-2-2000 (Recurso de Apelación núm. 138/1999) (AC 2000\1330), F.D.3º.

*acreditado (y ni siquiera alegado) tal falta de diligencia en la custodia del talonario*⁹³.

f') Consumidores y usuarios: nulidad de cláusula abusiva.

*Si el librador del pagaré es un consumidor y la carga de la prueba de que no puede considerarse como tal debe corresponder a quien le transmitió los bienes o servicios consumidos o utilizados, en este caso al Banco, la imposición de la obligación de suscribirlo (como pago de una deuda derivada de un contrato de préstamo), además de contraria a la buena fe, destruye, en perjuicio del prestatario, el equilibrio de las prestaciones (a la nueva prestación por parte de éste no se corresponde ninguna nueva por parte de la Entidad de Crédito) y resulta claramente abusiva y como tal y por aplicación del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, nula por comportar una violación del orden público económico en perjuicio del consumidor y en beneficio del Banco, que de este modo consigue el acceso a la vía ejecutiva eludiendo los controles que el artículo 1435 LEC le impone si hubiera utilizado la póliza de préstamo por Corredor intervenida*⁹⁴.

g') Negligencia en la entidad bancaria: cheques-gasolina cargados en la cuenta del cliente, que habían sido previamente sustraídos a su titular, quien comunicó su sustracción.

(Se) valora la rápida comunicación al banco con el que concertó el actor el contrato de cuenta-corriente y del que recibió los cheques-gasolina cobrados indebidamente por quienes los sustrajeron, sin que las relaciones entre el banco y el sistema 4B que parece tiene una función mediadora y las gasolineras que

⁹³ SAP de Cádiz (Sección 6ª.), de 18-2-2000 (Recurso de Apelación núm. 138/1999) (AC 2000\1330), F.D.4º.

⁹⁴ SAP de León, de 7-12-1994 (Rollo de Apelación núm. 11/1994) (AC 1994\2163), F.D.8º.

tienen a su vez concertado el suministro de gasolina a cambio de esos cheques, pueden repercutir en el cliente, pues debería el banco apelante haber rechazado el pago en tanto se determine las responsabilidades, y no directamente cargar en cuenta su importe, lo que se hace bastantes días después de comunicar el cliente la sustracción⁹⁵.

h') Presentación al cobro, vencido el plazo: impago de cheque no imputable al Banco.

En cuanto a la dilación sufrida por la entidad demandada en devolver el cheque, pese a la posibilidad de confirmar su solvencia por encontrarse la cuenta del librador en otra sucursal de la misma compañía bancaria, el hecho de que tanto el informe del Banco de España como la propia declaración testifical del empleado de la demandada, D. Jesús G. G., resalten lo inusual de dicha demora y el merecer la misma la consideración de “no ajustada a las buenas prácticas y usos bancarios”, tampoco permite apreciar que tal retraso - ni su falta de justificación- haya sido la causa del impago del cheque, máxime cuando se trataba de un medio de pago referido a una compraventa que había tenido lugar el 17 de septiembre de 1.997, que el cheque no se libró hasta el 2 de octubre siguiente, y la demandante no lo presentó para ser ingresado en su cuenta hasta el 11 de noviembre siguiente, es decir, cuando ya había vencido el plazo de presentación establecido al efecto en el art. 135 de la Ley Cambiaria y del Cheque⁹⁶.

b) Letra de cambio.

⁹⁵ SAP de Guadalajara, de 4-12-1997 (Rollo de Apelación núm. 195/1997) (AC 1997\2401), F.D.1º.

⁹⁶ SAP de Madrid (Sección 13ª.), de 24-5-2002 (Recurso de Apelación núm. 465/2001) (JUR 2003\47170), F.D.3º.

a') *Devolución de las letras de cambio: comunicación del banco al demandado de la devolución de las letras de cambio, entregadas para descuento, por impago (inexistencia de indefensión).*

Ninguna indefensión se le ha producido, como pretenden los demandados, por no haberse detallado los sucesivos movimientos contables con la demanda (...). Se deduce que (el demandado) sabía perfectamente que el banco resultaba acreedor del importe de las dos cambiales ascendente a 1.200.000 ptas., a las que debe añadirse 31.052 ptas. de gastos de devolución, más los intereses legales por 365.673 ptas. al aplicar el 26% que por descubierto se había comunicado al Banco de España (...).

Si como confesó el demandado él ya había abonado las letras de cambio al efectuar el pago por ventanilla, fácilmente podía haber aportado los justificantes que forzosamente tuvo que entregarle la Caja de Ahorros por dicho ingreso, cosa que no ha realizado, por lo que ninguna indefensión se le ha producido. Sin que sea de recibo la alegación, no acreditada, de que no supo que el capítulo principal reclamado procedía de aquellas letras hasta que se le aportó el extracto, pues como anteriormente se ha expuesto, tiene reconocido que el banco le comunicó su devolución por impago por parte de la entidad librada-aceptante⁹⁷.

b') *Falta de presentación al pago mediante el sistema de compensación: la entidad domiciliataria del pago y la tomadora de la letra coinciden en un solo Banco.*

Las dos letras litigiosas no fueran presentadas al cobro a través del sistema de compensación regulado en el Real Decreto 1369/1987, pues un simple examen de las mismas permite comprobar que la entidad bancaria domiciliataria del pago es la misma que la entidad bancaria tomadora de la

⁹⁷ SAP de Murcia, de 23-4-1994 (Rollo de Apelación núm. 509/1993) (AC 1994\665), F.D.5°.

letra, es decir, la entidad a la que hay que hacer el pago a la fecha de su vencimiento. Como quiera que en ambos casos se trata del mismo Banco (el ejecutante hoy apelado), resulta claro que no procedía acudir a un sistema que, tal como se ha descrito con anterioridad, tiene como presupuesto para su funcionamiento la existencia de dos entidades bancarias diferentes, una como domiciliataria del pago y otra como tomadora de la letra. Eso es lo que explica, por lo demás, que las otras dos cambiales sí hayan sido presentadas al pago valiéndose del sistema de compensación, en la medida en que la entidad domiciliataria («Caja (X)») es distinta de la tomadora [«Banco (X), SA»]⁹⁸.

c') Juicio ejecutivo.

a") Nulidad: título sin fuerza ejecutiva.

1. Admisión de la notificación previa por vía telegráfica del importe de la cantidad exigible.

La notificación como su propio nombre indica lo que pretende es poner en conocimiento del destinatario un hecho, una declaración de voluntad ajena, o una resolución judicial, pero no trata de recabar la conformidad del notificado, por ello es admitida la notificación por vía telegráfica, que ha tenido lugar en el caso de autos, como lo acredita el documento seis (folios 20 y 21 de la demanda) en la copia del telegrama figura el nombre del fiador y debajo aunque, entre letras impresas, el domicilio de la Póliza, y asimismo obra la indicación de haber sido entregado el día 25 de abril de 1997, a las 16.31 horas. No exige la jurisprudencia la excepción personal –que pudo haber tenido lugar– pero es suficiente que el notificante despliegue la diligencia de un buen

⁹⁸ SAP de Toledo, de 20-7-1994 (Rollo de Apelación núm. 93/1994) (AC 1994\1313), F.D.3º.

*padre de familia, para que el destinatario obtuviese tal conocimiento; y éste no se ha producido por causas ajenas a aquél*⁹⁹.

2. Liquidación en la forma pactada, acompañada de los movimientos de la cuenta de crédito (deuda vencida y líquida).

*Con la demanda ejecutiva además de la liquidación al día de la fecha, en la forma pactada del saldo que presenta la cuenta de crédito a favor de la ejecutante según certificación intervenida por Corredor de Comercio, se acompaña el movimiento de la cuenta de crédito (...), según certificación con igual intervención (...), y al formularse esta causa de oposición se presentan con la contestación, las sucesivas liquidaciones de intereses de la cuenta de crédito (...) y justificantes de las diferentes disposiciones del crédito, por el representante de la sociedad demandada (...) y (...) se acreditan ya todos los movimientos de la cuenta de crédito, siendo la deuda vencida (...) y líquida, por lo que puede ser reclamada*¹⁰⁰.

b") Excepciones del deudor cambiario.

1. Falta de legitimación del tenedor: posesión del título en virtud de cesión ordinaria y de una operación de descuento bancario.

En relación a esta excepción hay que señalar que la Ley Cambiaria y del Cheque contempla, junto con la cesión propiamente cambiaria, a través del endoso (art. 19 LC), otras formas de transmisión de la letra, de carácter

⁹⁹ SAP de Zaragoza (Sección 4ª), de 11-4-2000 (Recurso de Apelación núm. 747/1999) (AC 2000\3163), F.D.1º.

¹⁰⁰ SAP de Zaragoza (Sección 4ª), de 11-4-2000 (Recurso de Apelación núm. 747/1999) (AC 2000\3163), F.D.2º.

extracambiario, entre ellas la denominada cesión ordinaria, prevista en el art. 24 LC, acogándose esta forma de circular la letra a las normas del Derecho común. La cesión ordinaria está regulada en los arts. 347 y 348 del Código de Comercio y concordantes del Código Civil (arts. 1218, 1227, 1526, 1527, 1528, 1529 y 1530). Exige el art. 347 CCo. la notificación de la cesión al deudor, para que éste quede obligado frente al cesionario, salvando la parte apelante la especificación que hace el precepto, relativa a «créditos mercantiles no endosables ni al portador», en base a la expresa remisión del art. 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque (...). El banco tenedor de la cambial, la tiene en virtud de una operación de descuento cambiario, como resulta acreditado mediante los documentos aportados al contestar a la oposición (...). La doctrina configura este contrato como real, unilateral, oneroso e informal. Como consecuencia del descuento cambiario, el banco adquirente de la letra queda legitimado como acreedor cambiario, desligándose de las relaciones materiales entre endosante y endosatario, en definitiva se desliga del contrato subyacente originador de la letra. En cualquiera de los dos supuestos que hemos señalado, ya venir el banco poseedor de la cambial en virtud de una operación de descuento bancario, ya como consecuencia de una operación de cesión ordinaria del título crediticio, resulta ser legítimo tenedor y susceptible de actuar como acreedor cambiario en vía ejecutiva ordinaria frente al deudor (librado-aceptante), que es la parte apelante-demandada¹⁰¹.

2. Falta de provisión de fondos: se requiere para dicha apreciación un complejo análisis de relaciones comerciales y contractuales que exceden del ámbito del juicio ejecutivo.

El cumplimiento del contrato, en cuyo ámbito se libra la letra de cambio, supone para el librado-aceptante la correlativa provisión de fondos, de forma que al amparo del art. 67 LC puede el deudor cambiario oponer al tenedor de

¹⁰¹ SAP de Navarra, de 6-7-1993 (Rollo de Apelación núm. 340/1992) (AC 1993\1479), F.D.2°.

la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. Ahora bien, dicha oponibilidad, posible en el contexto del negocio causal subyacente, cede respecto del endosatario para quien la letra de cambio que adquiere, en este caso por vía de descuento bancario, aparece como un título abstracto, que documenta un crédito del que es titular acreedor, desligado de las circunstancias y relaciones que unan al librador y librado-aceptante, salvo que se dé el supuesto previsto en el art. 67, párr. 1º. in fine LC¹⁰².

3. Pluspetición: incorrecta liquidación de intereses del crédito por anotación de cobro de letras pignoradas por el acreditado a favor del ejecutante y entregadas en gestión de cobro, hecha con posterioridad a su vencimiento.

Con relación a la incorrecta liquidación de intereses del crédito por anotación de cobro de letras pignoradas por el acreditado a favor del ejecutante y entregadas en gestión de cobro, hecha con posterioridad a su vencimiento es de señalar, que no se aplica la cláusula tercera de la Póliza sobre descuento, siendo ajena la solvencia del deudor; y que antes que la práctica bancaria es de aplicar la cláusula 4, apartado primero: Si las letras de cambio cedidas en garantía fueran satisfechas a su vencimiento, la Caja de Ahorros abonará su importe en la mencionada póliza de crédito, cuyo importe quedará reducido automáticamente en la misma cantidad. Lo que es de entender como que el importe satisfecho debe abonarse (anotarse) a la fecha de vencimiento de la Letra. Por tanto, estamos, en relación con el pago efectuado y no anotado sino tardíamente, en una pluspetición por parte del ejecutante (...). La excepción de plus petición no conlleva la nulidad del título, sino a dictar sentencia de remate, no en la cuantía solicitada, sino en la suma que resulte, una vez descontadas las cantidades, en este caso, de intereses cobrados¹⁰³.

¹⁰² SAP de Navarra, de 6-7-1993 (Rollo de Apelación núm. 340/1992) (AC 1993\1479), F.D.3º.

¹⁰³ SAP de Zaragoza (Sección 4ª.), de 11-4-2000 (Recurso de Apelación núm. 747/1999) (AC 2000\3163), F.D.4º.

c) Pagaré.

a') *Entrega de pagaré al banco en gestión de cobro: no presentación al pago en plazo.*

No consta que el pagaré haya sido presentado al pago en plazo, ni que se hiciera esta presentación al firmante o en la Sucursal donde el documento se hallaba domiciliado, pues solamente ostenta dos sellos de «compensado» (...). No aparece en dicho documento mención alguna indicativa de haber resultado incorriente. Tampoco se realizó protesto o declaración cambiaria sustitutoria. (...) Efectuada reclamación ante el Defensor del Cliente de la entidad demandada la misma no fue contestada. Por el contrario, el Servicio de reclamaciones del Banco de España emitió informe según el cual el Banco (X) no se había ajustado a los buenos usos y prácticas bancarias, omitiendo la diligencia exigible a quien se dedica profesionalmente a esta clase de operaciones¹⁰⁴.

b') *Consumidores y usuarios.*

a") *Nulidad de cláusulas abusivas.*

Es cierto que la Ley Cambiaria y del Cheque autoriza el libramiento de pagarés en blanco, pero no puede obviarse que en estos casos estemos en presencia de pagarés emitidos al amparo del contenido de las condiciones generales de un contrato de préstamo al consumo entre una entidad de crédito y unos consumidores, conforme a la definición que de los mismos contiene el

¹⁰⁴ STS (Sala de lo Civil), de 14-12-2000 (Recurso de Casación núm. 3601/1995) (RJ 2000\10441), F.D.1º.

artículo 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios lo que obliga a considerar su validez de acuerdo con lo en ella establecido. Efectivamente según el artículo 10 bis.1. «Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato», y del mismo se desprende que se considera cláusula abusiva toda aquella que perjudique de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o comporte en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios, y esto es lo que ocurre en casos como el presente¹⁰⁵.

b”) Fraude de ley.

La causa adicional suscrita de emisión de un pagaré en blanco para garantizar el cobro del préstamo implica la existencia de una cláusula contractual mediante la cual la entidad de crédito se reserva un amplio poder unilateral de determinación de la cuantía de la deuda que coloca a los prestatarios en una posición con escasas garantías de defensa, por lo que debe ser considerada nula de pleno derecho conforme al artículo 10 Bis.2 de la citada Ley General (...), con el efecto necesario de tenerla por no puesta y, en consecuencia, sin efecto entre las partes contratantes, lo que conlleva la ineficacia de la declaración cambiaria emitida por el ejecutado en el pagaré que nos ocupa. Debe por último también decirse que la referida cláusula implica un fraude de ley, que cae bajo la sanción de los artículos 6.4 del Código Civil y 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que se ampara formalmente en una norma, las que admiten el pagaré en blanco y le confieren

¹⁰⁵ SAP de Castellón (Sección 3ª.), de 28-7-1999 (Recurso de Apelación núm. 50/1998) (AC 1999\7053), F.D.3º.

*fuera ejecutiva, para eludir el cumplimiento de otra, que impone la formalización del préstamo con intervención de corredor para otorgarle fuerza ejecutiva*¹⁰⁶.

c') Juicio ejecutivo.

a") Nulidad.

1. Nulidad del título: pagaré en blanco, no a la orden, suscrito por los ejecutados a favor de entidad bancaria.

*Este sistema, que adquiere cada vez mayor frecuencia en la práctica bancaria, de garantizar el pago de las pólizas de préstamo y de sus intereses, a través de una obligada extensión de un pagaré a favor de la entidad bancaria, con los caracteres de hacerse no a la orden, y quedando en blanco la cantidad por la que se extiende, luego completada por el propio banco en el momento de ejecutarlo, ha comenzado a ser rechazado por la jurisprudencia por los motivos que, de seguido, veremos, declarando la nulidad del título, y no dictando sentencia de remate*¹⁰⁷.

La validez de dicho instrumento queda debilitada ejecutivamente, por una serie de motivos que pueden relacionarse así: Primero, la obligación de librar el prestatario de un pagaré en blanco, a llenar en su momento por la entidad bancaria, supone dejar al arbitrio de ésta la fijación de las cantidades a declarar como adeudadas. En segundo lugar, esto implica alterar la norma jurídica de innegable garantía consistente en que, para dar valor ejecutivo al

¹⁰⁶ SAP de Castellón (Sección 3ª), de 28-7-1999 (Recurso de Apelación núm. 50/1998) (AC 1999\7053), F.D.4º.

¹⁰⁷ SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª), de 17-7-1999 (Recurso de Apelación núm. 663/1998) (AC 1999\1698), F.D.3º.

*documento del préstamo, la necesidad de intervenir el Corredor de Comercio como fedatario mercantil, que garantiza, entre otras cosas, la realidad del importe líquido de la deuda, tal como señala el art. 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con ello, el Banco es quien, unilateralmente, se reserva poder fijar el importe de la deuda, y ello supondría, en el caso de endoso del pagaré a tercero, que el ejecutado no pudiera utilizar los medios de defensa que sí pudiera oponer, como relación personal, contra el Banco. Ello supone colocar al prestatario en situación más rigurosa, que la derivada del préstamo*¹⁰⁸.

*(Se considera) nula la fórmula de creación de dichos pagarés, constituida por una cláusula de obligado cumplimiento, inserta en el documento del contrato de préstamo, que ha de entenderse abusiva a la luz de la Ley 26/1984, de 19 de julio, de Defensa de Consumidores y Usuarios, lo que supone la nulidad radical de la cláusula, y, por ende, del pagaré surgido a su amparo*¹⁰⁹.

2. Título sin fuerza ejecutiva.

2.1. Libramiento de pagaré por deuda derivada de un contrato de préstamo: imposición de la obligación de suscribirlo al ejecutado.

Tal pagaré, librado no a la orden y con vencimiento a la vista, necesariamente hubo de tener su causa en un contrato mercantil (...), con lo que el libramiento del pagaré, lo haya sido o no en blanco, constituye un ardid para abrir la vía ejecutiva a la reclamación de una deuda derivada de un contrato mercantil otorgado por una entidad de crédito, eludiendo las exigencias de los dos últimos párrafos del artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que

¹⁰⁸ SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª.), de 17-7-1999 (Recurso de Apelación núm. 663/1998) (AC 1999\1698), F.D.4º.

¹⁰⁹ SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª.), de 17-7-1999 (Recurso de Apelación núm. 663/1998) (AC 1999\1698), F.D.5º.

pone de manifiesto un censurable deseo de privilegios frente a sus deudores, que, pese a los altos índices de morosidad, carece de justificación, además de por contar ya con los que le concede el mencionado precepto que, tras la reforma operada por la Ley Orgánica de 6 agosto 1984, consagró lo que hasta entonces había sido una práctica bancaria amparada por la Orden Ministerial de 21 abril 1950¹¹⁰.

2.2. Falta de garantías para el prestatario exigidas por el art. 1435 LEC.

(Dicho pagaré, librado no a la orden y con vencimiento a la vista, y con causa en un contrato mercantil), como se razona en la recurrida, hurta al prestatario de la garantía que en la conclusión del contrato supone la intervención de la póliza por el Corredor de Comercio Colegiado (artículos 93 y 95 del Código de Comercio), así como de la derivada de idéntica intervención en la certificación del saldo expedida por la Entidad acreedora mediante la comprobación de que la liquidación se ha practicado en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincide con el que aparece en la cuenta del deudor (párrafo 4º. del citado artículo 1435 LEC), y, finalmente, elimina la necesidad de la notificación previa al deudor del importe de la cantidad exigible, como expresamente se exige en el último párrafo de este último precepto, introducido por Ley 10/1992, de 30 abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, con posterioridad por tanto a la referida Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 febrero 1992, que denegó la declaración de inconstitucionalidad de tan discutido artículo, y que puede tener su causa (la reforma) en el deseo de eliminar parte de la desigualdad que todo privilegio conlleva y en el que abundó el único voto particular que hubo a la trascendental sentencia¹¹¹.

¹¹⁰ SAP de León, de 7-12-1994 (Rollo de Apelación núm. 11/1994) (AC 1994\2163), F.D.7º.

¹¹¹ SAP de León, de 7-12-1994 (Rollo de Apelación núm. 11/1994) (AC 1994\2163), F.D.7º.

2.3. Fraude de ley de la entidad crediticia ejecutante.

(La utilización del pagaré descrito constituye) *un auténtico fraude de ley, al no tener aquélla en la que pretende ampararse, en concreto artículos 94 y siguientes de la Ley Cambiaria y del Cheque, sobre el pagaré, el fin abstracto de documentar deudas derivadas de contratos celebrados entre los Bancos y sus clientes y menos aún medio de abrir el acceso al juicio ejecutivo a las reclamaciones judiciales de aquéllas*¹¹².

b') Excepciones del deudor.

1. Falta de validez de la declaración cambiaria: obligación de librar un pagaré en blanco como garantía concertada y medio de ejecución judicial.

También ello (la obligación impuesta al prestatario en la cláusula adicional al contrato de préstamo de librar un pagaré en blanco), supone la utilización de un procedimiento de obtención de un título ejecutivo que permite burlar las exigencias y garantías para el deudor que para los contratos mercantiles, como es el que nos ocupa, se encuentran previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el caso de que se pretenda dotarles de fuerza ejecutiva, ya que se elude la intervención de corredor de comercio en su perfección, obviando no sólo su actividad fedataria, sino también la referida al asesoramiento y control de legalidad, en especial la de velar por el cumplimiento de la normativa que ampara los derechos de los consumidores, según los artículos 82 y 83 del Reglamento de los Corredores, y además, las establecidas precisamente para la determinación del importe líquido de la deuda en el art. 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...).

¹¹² SAP de León, de 7-12-1994 (Rollo de Apelación núm. 11/1994) (AC 1994\2163), F.D.7°.

Puede también añadirse que la posibilidad de endoso a terceros del pagaré y las limitaciones que en este caso tendría el librador para oponerse a la acción ejecutiva dada la limitación de alegación de relaciones causales que se prevé en el artículo 20 de la Ley Cambiaria, perjudicaría de modo evidente su posición, limitando sus medios de defensa (...). Por lo anterior se acepta el criterio mantenido en la Sentencia recurrida y alegado por el ejecutado, en primer lugar como excepción 1ª. del art. 67.1 de la LC que fue esgrimida en la oposición a la demanda ejecutiva¹¹³.

2. Falta de legitimación pasiva: ausencia de su condición de administrador de la sociedad, al no aparecer en los pagarés la firma impresa o estampilla de dicha sociedad.

Ante una declaración cambiaria hecha por un representante de una sociedad, sin que conste en la forma legalmente establecida por la Ley Cambiaria, que dicha actuación se hizo en nombre de la Sociedad, aun cuando las letras se giraran a cargo de ésta, la aceptación por un sujeto individual omitiendo toda referencia a las facultades representativas, de obligada expresión en la antefirma, provoca la responsabilidad personal del firmante y no de la sociedad, sin que ello sea óbice que el ejecutante conociera la condición de representante legal de la sociedad en el firmante¹¹⁴.

c”) Pago parcial: responsabilidad de entidad bancaria, al no atender el pago parcial de un pagaré existiendo un saldo en la cuenta de casi 90% del total del mismo.

¹¹³ SAP de Castellón (Sección 3ª.), de 28-7-1999 (Recurso de Apelación núm. 50/1998) (AC 1999\7053), F.D.4º.

¹¹⁴ SAP de Córdoba (Sección 2ª.), de 25-2-2002 (Recurso de Apelación núm. 543/2001) (AC 2002\194), F.D.2º.

Atendiendo al art. 95 LC resulta aplicable, por remisión de este precepto, al pagaré el art. 45 del mismo cuerpo legal referente a la letra de cambio. Dicho art. 45 contempla el pago parcial de la letra dejando en descubierto el resto con la facultad por parte del tenedor de retener la letra y protestarla por el resto impagado. A esta disposición debe añadirse lo preceptuado en el art. 108 relativo al cheque pero que sin duda revela el espíritu de la ley y al que alude la Resolución emitida por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España de fecha 14 de enero de 2002, según el cual el librado que tenga fondos a disposición del librador en el momento de su presentación al cobro del cheque aunque sea parcialmente está obligado a entregar su importe. Continuando con el informe mencionado el resultado de la actuación de la Entidad Bancaria no resultó ajustada a los principios de buena fe y mutua confianza que debe regir su relación contractual vulnerando las buenas prácticas y usos bancarios, provocando unos gastos considerables al beneficiario del pagaré que fueron repercutidos en su cliente. Se revela una culpa o negligencia tanto sea de índole contractual como extracontractual atendiendo a la unidad de culpa, imputable a Caja (X) en cuanto que como obligada cambiaria estaba facultada para atender el pagaré, sin necesidad de que así lo solicitare el tenedor, conducta que resulta acarreadora de un daño que sin duda debe ser reparado¹¹⁵.

II.- CLASES DE CONTRATOS BANCARIOS.

A.- OPERACIONES ACTIVAS.

¹¹⁵ SAP de Almería (Sección 3ª.), de 3-2-2003 (Recurso de Apelación núm. 331/2002) (AC 2003\578), F.D.1º.

a) Contratos de financiación.

a') *Consumidores y usuarios: cláusulas.*

a'') *Requisitos: concreción, claridad y sencillez.*

1. Falta de concreción precisa y clara de las condiciones económicas del contrato.

Por otro lado, el contrato de financiación litigioso infringe la norma del art. 10-1-a) y 10-1.c-5º. de la citada Ley (Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19-7-1984), que obliga a la concreción precisa y clara de las condiciones económicas del contrato de forma que sean perfectamente comprensibles para el usuario. En el contrato objeto de examen en esta litis no se expresa en el porcentaje anual efectivo, ni del recargo por aplazamiento, ni de los intereses moratorios. Estas determinaciones -que permitirían al usuario-consumidor el cálculo del coste de la operación-, son también expresamente exigidas por la O.M. 13-10-1981 en los contratos de venta a plazos y, con carácter general, para toda clase de operaciones crediticias, por la Orden del Ministerio de Hacienda de 12-12-1989¹¹⁶.

2. Falta de claridad en el contrato sobre el tipo aplicable a la operación.

Es cierto que uno de los principios fundamentales en materia de contratación es el de la libertad de pacto en base al de la autonomía de la voluntad que se plasma en los arts. 1254 y siguientes del Código Civil y en

¹¹⁶ SAP de Asturias, de 22-1-1993 (Rollo de Apelación núm. 184/1992) (AC 1993\32), F.D.4º.

Aragón en el art. 2 de la Compilación; consiguientemente hemos de admitir que en el contrato de financiación el señor G. F. aceptó el pago de las mensualidades y cuotas crecientes en número y cuantía que se plasman en el mismo; pero no es menos cierto que en dicho contrato también se consignó expresamente que el tipo de interés aplicado para fijar dichas mensualidades era del 14,74%, entendiendo el comprador/financiado, del que no consta tuviera unos conocimientos econométricos y matemáticos especiales, que las cuotas fijadas y a las que él daba su conformidad respondían a dicho interés anual, siendo probable que, de haber sabido que el tipo fijado era de más del 18%, el demandado podría haber discutido la operación -no tuvo oportunidad de hacerlo- e incluso no haber aceptado la financiación en su forma creciente o en los cuatro años, por cuanto en dicho contrato ninguna matización se hace de que el giro por el precio aplazado se iba a realizar con aplicación de las fórmulas que recoge la Resolución de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera de 23-3-1982 (BOE núm. 79 de abril y 133 de 4-6-1982)¹¹⁷.

3. Cláusula oscura o dudosa: aplicación de un recargo por aplazamiento superior al estipulado.

Cuestión distinta es la de la posible infracción de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19-7-1984, a cuya normativa está sometido el contrato de financiación litigioso, como complemento de su regulación específica, contenida en la Ley de 17-7-1965. En primer lugar, al tratarse de un contrato de adhesión, cuyas condiciones son unilateralmente redactadas por la Entidad Financiera e impuestas al cliente, es de aplicación el art. 10-2 de la citada Ley de Defensa de los Consumidores que, en armonía con la norma interpretativa del art. 1288 del Código Civil, establece que las cláusulas oscuras o dudosas deben interpretarse en contra de quien introdujo la confusión o la oscuridad. La confusión que surge de haberse estipulado en el

¹¹⁷ SAP de Teruel, de 21-1-1993 (Rollo de Apelación núm. 4/1993) (AC 1993\636), F.D.3º.

contrato litigioso un recargo por aplazamiento de un 0,36% mensual y aplicarse de hecho, ya por error o maliciosamente, un porcentaje de incremento del precio aplazado de un 1,15166% -según los resultados del informe pericial practicado-, y que equivale a un interés anual efectivo del 26,033%, no puede resolverse en favor de quien redactó el contrato e introdujo errónea o conscientemente tal disparidad de recargos, debiendo aplicarse, en consecuencia, el más favorable al usuario comprador. Por consiguiente, siendo el importe del precio aplazado y financiado de tres millones de pesetas y el aplazamiento de cuarenta y ocho meses, la cantidad a reintegrar por los demandados es la de 3.518.400 ptas. ($3.000.000 \times 48 \times 0,36 = 518.400 + 3.000.000 = 3.518.400$), en vez de la reclamada de 4.644.000 ptas¹¹⁸.

b") Nulidad de cláusula abusiva: estipulación de un interés moratorio mensual abusivo.

Es también de obligada observancia la norma del art. 10-1-c-3º. y 4º., en relación con el ap. 4 de propio precepto, que proscribe las condiciones abusivas del crédito sancionándolas con la nulidad de la cláusula correspondiente. La estipulación de un interés moratorio de un 2% mensual infringe claramente las citadas normas de la Ley General Protectora de los Consumidores y Usuarios en un doble aspecto: a) En primer lugar, porque no se informa al cliente que dicho porcentaje equivale a un interés anual efectivo del 26,824%, extremo cuyo conocimiento sólo está al alcance de personas expertas en Matemática Financiera, y b) Porque tal tipo de interés debe reputarse abusivo y totalmente desproporcionado en relación con el compensatorio pactado para el aplazamiento ordinario. Por consiguiente, y de acuerdo con la sanción prevista en el citado art. 10-4, la Sala reputa nula y tiene por no puesta la aludida cláusula relativa a los intereses moratorios. En su lugar ha de aplicarse la norma supletoria del art. 1108 del Código Civil,

¹¹⁸ SAP de Asturias, de 22-1-1993 (Rollo de Apelación núm. 184/1992) (AC 1993\32), F.D.3º.

según la cual los demandados deben abonar a la entidad actora los intereses legales de la cantidad adeudada (3.518.400 - 580.500 = 2.937.900 ptas.) desde el 10-2-1991, fecha en que debió quedar liquidada la operación y hasta el momento de dictarse la presente sentencia, a partir de la cual son de aplicación los intereses del art. 921 de la LEC¹¹⁹.

b') Interpretación de los contratos (cláusulas oscuras «Contra proferentem»): su interpretación no puede favorecer a quien ocasionó su oscuridad.

Finalmente, por expresa determinación de las normas de interpretación de los contratos que se contienen en los arts. 1281 y siguientes del Código Civil en relación con los 50 y siguientes del Código de Comercio y en concreto de lo prevenido por el art. 59 de este último y 1288 del primero, es evidente que los términos del contrato de financiación que estamos estudiando no son precisamente claros ni siquiera para el Perito Judicial (informe obrante al folio 71) ante lo cual y por expreso mandato legal la interpretación del mismo nunca deberá perjudicar al deudor, en este caso el demandado/apelado señor G. F., por lo que acogiendo los razonamientos del juzgador de instancia hemos de ratificar la resolución por él emitida, una vez rectificadas, y por ende rechazar el recurso que formula la entidad actora¹²⁰.

c') Usura.

a") Doctrina jurisprudencial general.

¹¹⁹ SAP de Asturias, de 22-1-1993 (Rollo de Apelación núm. 184/1992) (AC 1993\32), F.D.4º.

¹²⁰ SAP de Teruel, de 21-1-1993 (Rollo de Apelación núm. 4/1993) (AC 1993\636), F.D.3º.

La doctrina jurisprudencial viene reiterando el criterio de que para la apreciación de la usura sancionada en la citada Ley, deben valorar discrecionalmente los Tribunales las diversas circunstancias concurrentes en cada caso objeto de estudio, sin sujeción a reglas taxativas [SSTS de 25-4-1989 (RJ 1989\3263), 7-11-1990 (RJ 1990\8531) y 18 febrero y 27 mayo 1991 (RJ 1991\1449 y RJ 1991\3838), entre otras muchas]¹²¹.

b”) Intereses usurarios (inexistencia): venta a plazos, cuyos intereses son aplicados dentro de los límites permisibles de la práctica bancaria.

En el caso examinado, no habiéndose acreditado que la cantidad figurada en el contrato fuera superior a la realmente entregada y habida cuenta los riesgos de la financiación de ventas de bienes muebles, el plazo de amortización pactado y la previsible desvalorización del dinero en dicho plazo, no existe base suficiente para calificar de usurario el recargo por demora aplicado, aunque supere los porcentajes habituales de los préstamos bancarios. El Tribunal Supremo en recientes sentencias no ha reputado como usurarios los tipos de interés anual del 19,50% (SS. 7-11-1990 y 18-2-1991), ni el del 21,25% [S. 8-7-1988 (RJ 1988\5589)], ni tampoco el del 24% anual, cuando el préstamo se destina a operaciones comerciales susceptibles de producir altos beneficios [S. 13-5-1991 (RJ 1991\3662)]¹²².

b) Contrato de préstamo.

a’) Doctrina jurisprudencial general: naturaleza (contrato real).

¹²¹ SAP de Asturias, de 22-1-1993 (Rollo de Apelación núm. 184/1992) (AC 1993\32), F.D.2°.

¹²² SAP de Asturias, de 22-1-1993 (Rollo de Apelación núm. 184/1992) (AC 1993\32), F.D.2°.

Al respecto cabe reiterar la naturaleza real del contrato de préstamo, según la tradición histórica recogida por el Código Civil que hunde sus raíces en el Derecho Romano, aunque no falte algún autor que lo haya configurado como un contrato consensual atípico.

Con arreglo a la doctrina jurisprudencial, entre otras Sentencias las del Tribunal Supremo de 1 marzo 1969 (RJ 1969\1137) y 27 junio 1989 (RJ 1989\4787), el contrato de préstamo mercantil, conforme a los artículos 1753 a 1757 CC y artículos 311 y siguientes del Código de Comercio, tiene naturaleza real, perfeccionándose por la entrega de la cosa prestada, y unilateral por cuanto de él sólo surgen obligaciones para el prestatario, cual es la de devolver la cosa prestada, con, en su caso, los intereses pactados.

Como ha señalado la Audiencia Provincial de Bilbao, en Sentencia de 29 noviembre 1991, recogiendo la SAT Bilbao de 4 noviembre 1988, aun cuando en la práctica bancaria el contrato de préstamo se instrumentalice a través de un contrato de cuenta corriente, ello no trasciende la naturaleza del contrato, tal como se ha expuesto¹²³.

(El contrato de préstamo) es un contrato real y que requiere, para su perfeccionamiento, la entrega del dinero que, inmediatamente, pasa a la propiedad del prestatario, el cual puede disponer de él, ingresándolo en la cuenta que tenga por conveniente (...)¹²⁴.

Ciertamente la tradicional postura de considerar al préstamo como un contrato real, continúa actualmente casi en la generalidad de los civilistas y mercantilistas, confirmada por el art. 1740 del Código Civil, aunque tal concepción pueda no ser armónica con la realidad del tráfico mercantil actual, donde se pactan por escrito unas determinadas condiciones, no pudiendo dudarse que el préstamo está perfecto y la entrega del dinero es simplemente un acto de ejecución; de ello se desprende que el contrato de préstamo se convierte

¹²³ SAP de Navarra, de 21-4-1995 (Rollo de Apelación núm. 281/1994) (AC 1995\660), F.D.4°.

¹²⁴ STS (Sala de lo Civil), de 27-3-1999 (Recurso de Casación núm. 2806/1994) (RJ 1999\2371), F.D.3°.

*también en un pacto consensual(...). En la realidad práctica, el importe del préstamo no se entrega materialmente al prestatario en el acto de la firma del contrato, sino que suele hacerse un abono en cuenta corriente o similar, para que pueda disponerse del mismo en la forma pactada*¹²⁵.

b') Consumidores y usuarios: cláusulas.

a") Requisitos (buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones): póliza de préstamo hipotecario, en la que se cumplen los requisitos de claridad y posibilidad de comprensión, contenidos en el art. 10 LGDCU.

*(No se aprecia proceder abusivo) en la actuación de la demandada, susceptible de quedar incardinado en los supuestos prevenidos en el artículo 10.1.2 de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios, en cuanto que el préstamo de que se trata, pactado en las condiciones esenciales precisas a que se hizo referencia se fue amortizando del modo previsto, en los plazos de amortización convenidos, resultando admisible la imputación a capital e intereses según lo pactado, que se muestra correcta matemáticamente, y de lo que periódicamente se informaba a los prestatarios, mediante la entrega de recibos trimestrales de imputación (...), resultando admisible en su conjunto la operación, como se desprende del informe emitido en el período probatorio del juicio, por el Servicio de Reclamaciones del «Banco de España», con relación al préstamo litigioso*¹²⁶.

¹²⁵ SAP de La Coruña (Sección 5ª.), de 30-6-1999 (Recurso de Apelación núm. 38/1998) (AC 1999\6210), F.D.3º.

¹²⁶ SAP de Madrid (Sección 14ª.), de 26-5-1998 (Rollo de Apelación núm. 1288/1996) (AC 1998\7204), F.D.3º.

b”) *Nulidad de condiciones abusivas de crédito: cláusula de vencimiento anticipado, estableciendo un interés que supera en más de seis veces el legal.*

Esta Sala ha venido manteniendo que el pacto por el que se permite a la entidad financiera reclamar los intereses remunerativos de las cuotas pendientes de pago tenía la naturaleza de una cláusula penal, que como tal en principio tenía función liquidatoria de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento y era moderable por los Tribunales y que, además, era incompatible con los intereses moratorios pues éstos, tal y como establece el art. 1101 del Código Civil no son más que la indemnización de los daños y perjuicios dimanantes del retraso en el cumplimiento.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 2-11-2000 (RJ 2000\8492), confirmando otra de la Audiencia de Pontevedra, declara la nulidad de la cláusula, manteniendo la validez del resto del contrato, por considerar que vulnera el art. 10-4 de la Ley de Consumidores que proscribire las condiciones abusivas de crédito, con la consecuencia de que obliga al prestatario a abonar el capital pendiente y los plazos vencidos antes de la demanda. Esa normativa es aplicable a la presente relación jurídica ya que la misma se concertó el 2-2-1998, y, por tanto, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/1998 aunque esta última permitiría llegar a idéntica conclusión (...).

En consecuencia un interés, que supera en más de 6 veces el legal es indudable que debe calificarse como abusivo, por lo que debe declararse la nulidad de dicha estipulación, con la consecuencia de que, como determinaba el art. 10-4 de la Ley, la cláusula será nula y se tendrá por no puesta¹²⁷.

c’) *Indemnización de daños y perjuicios.*

¹²⁷ SAP de Asturias (Sección 4ª.), de 27-12-2000 (Recurso de Apelación núm. 183/2000) (AC 2001\1337), F.D.4º.

a”) *Existencia de daños y perjuicios: indebida utilización de capital del préstamo por parte de la entidad bancaria prestamista.*

Los hechos en los que se basa la acción ejercitada son sucintamente que solicitado y obtenido un préstamo con garantía hipotecaria por parte de los actores del banco demandado, una vez hecho efectivo el importe de dicho préstamo la entidad bancaria procedió a realizar transferencias de la cuenta de los actores con la finalidad de saldar distintas deudas que en la misma sucursal mantenía la mercantil «Comercial Jaime», transferencias que fueron hechas sin contar con la autorización de los actores (...). Sobre estos hechos, que han sido plenamente acreditados, no sólo el importe de las transferencias, sino la falta de autorización de las mismas es obvio que el Banco incumplió uno de los deberes fundamentales como depositario de los fondos en cuenta corriente cual es el de realizar los movimientos o transferencias con autorización del cliente, lo que no consta que hiciese en ningún momento, procediendo a disponer de la práctica totalidad del préstamo concedido para el saldo de deudas de una entidad mercantil distinta de los esposos demandantes y sin contar con la anuencia de estos¹²⁸.

b”) *Indemnización por mal uso bancario: concesión de préstamo ulteriormente denegado para construcción de casa.*

Alega el apelante (...) que existe error en la valoración de la prueba practicada en la primera instancia por la sentencia recurrida, ya que en ésta no se ha tenido en cuenta que ha existido una concesión de préstamo que con posterioridad se denegó con el consiguiente incumplimiento y perjuicio, en primer lugar el perjuicio no valorado de la imposibilidad de concesión de otro crédito por otras entidades hasta que éste no fue denegado; en segundo lugar

¹²⁸ SAP de Madrid (Sección 18ª), de 4-3-1998 (Rollo de Apelación núm. 207/1997) (AC 1998\5233), F.D.1º.

por los incrementos en el coste de la construcción de la vivienda tenidos que soportar (de los 28 millones iniciales del primer presupuesto a los 34 millones efectivos que costó la misma) diferencia que se considera es la cantidad que se debe indemnizar. Estima que existe incoherencia puesto que no se valora que según el informe emitido por el «Banco de España» existió un mal uso bancario por parte de «Caja ...». Es claro, y así lo estimó el Servicio de reclamaciones del «Banco de España» que «Caja ...» quebrantó la buena práctica y uso bancario al crear una falsa expectativa en el cliente, sin justificar el cambio de circunstancia de éste que le llevaron a denegar el préstamo. Pero esta circunstancia ya fue tenida en cuenta por la sentencia recurrida ya que entendió que había existido un perjuicio y fue el que indemnizó en su fallo (...)¹²⁹.

c”) Préstamo hipotecario: incumplimiento de la entidad de crédito.

1. Cálculo erróneo de las liquidaciones, originando saldos deudores de cuantía muy superior a lo normal dentro de su operativa.

El dictamen emitido por el Servicio de Reclamaciones del «Banco de España» (...) se concluye asimismo que: «la entidad reclamada obró sin la diligencia exigible a una entidad bancaria en el ejercicio de su actividad profesional al calcular erróneamente más de quince veces consecutivas las liquidaciones de tres operaciones de préstamo contratadas con su cliente, originándole saldos deudores de cuantía muy superior a la que dentro de su operativa puede considerarse normal» (folio 112). Consideraciones las expuestas que conducen a la necesaria conclusión de que existió un incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de préstamo

¹²⁹ SAP de Madrid (Sección 14ª.), de 4-6-1998 (Rollo de Apelación núm. 319/1996) (AC 1998\1420), F.D.1º.

hipotecario por parte de las entidades demandadas, siendo su comportamiento contrario a los más elementales principios protectores de la seguridad del tráfico jurídico y de la confianza contractual que se deriva para los prestatarios, incurriendo en un claro supuesto de responsabilidad por negligencia en los términos de los arts. 1103 y 1104 del Código Civil, a los efectos del resarcimiento de los daños y perjuicios causados que determina el art. 1101 del mismo Texto Legal, por lo que procederá rechazar el motivo de apelación¹³⁰.

2. Determinación de la cuantía indemnizatoria.

Se impugna, en segundo lugar, la condena al abono de los gastos reclamados por los demandantes como consecuencia del estudio técnico realizado por la entidad «Seguridad y Salvaguardia, SA», por importe de 345.000 ptas., cuya factura obra unida al folio 73 de las actuaciones, por entender que no existe motivo alguno que los justifique.

Se hace obligado desestimar asimismo el indicado motivo de apelación, en base a la consideración de que tales honorarios corresponden al «importe de tramitación de informe sobre recurso de salvaguardia ante el "Banco de España", contra liquidaciones efectuadas en su contra por "Banco (X), SA"», según el tenor literal de la propia factura. Resultando a todas luces evidente la necesidad de acudir al consejo de profesionales especializados en una materia cuya complejidad se infiere del propio contenido de las actuaciones, y en la que se hacen precisos unos conocimientos específicos que, de ordinario, se hallan fuera del alcance del ciudadano medio; máxime cuando, como en este caso, resulta imprescindible rebatir la postura mantenida por la propia entidad

¹³⁰ SAP de Tarragona (Sección 1ª.), de 20-10-1998 (Rollo de Apelación núm. 163/1997) (AC 1998\2085), F.D.3º.

*bancaria, dotada de unos recursos técnicos y humanos que la colocan en ostensible situación de preeminencia frente al particular*¹³¹.

*En el caso de autos, el órgano de enjuiciamiento parte de la consideración de que los posibles daños morales fueron efectivamente mínimos, en la medida en que los actores no son comerciantes y únicamente aparecieron en el ASNEF por espacio de veintiún días, amén de contar con medios documentales suficientes para justificar el error. Ello no obstante, tiene en cuenta otros perjuicios económicos y personales, entre los que comprende: «las horas de trabajo perdidas en gestiones y reclamaciones, la preocupación e inquietud que generan tales situaciones, lo desagradable del hecho de verse reclamado por lo que no se debe y los desembolsos económicos que suponen el pago de contables personales y la amortización de cantidades por exceso para evitar demandas y embargos». Comparte el Tribunal el criterio expuesto*¹³².

d') Fianza mercantil.

a") Existencia: afianzamiento general de toda obligación de naturaleza mercantil efectuada por el afianzado con el banco.

*La tan repetida póliza, en ningún caso podría calificarse de préstamo o crediticia pues su configuración representó un claro contrato de afianzamiento mercantil, como así fue calificada acertadamente en las sentencias de instancia*¹³³.

b") Falta de equiparación al contrato de préstamo.

¹³¹ SAP de Tarragona (Sección 1ª.), de 20-10-1998 (Rollo de Apelación núm. 163/1997) (AC 1998\2085), F.D.4º.

¹³² SAP de Tarragona (Sección 1ª.), de 20-10-1998 (Rollo de Apelación núm. 163/1997) (AC 1998\2085), F.D.5º.

¹³³ STS (Sala de lo Civil), de 18-2-1991 (RJ 1991\1449), F.D.2º.

*La circunstancia de que la específica mecánica del contrato de fianza, desemboque, en su fase final, en la necesidad de responder de los débitos contraídos por la persona garantizada y dejados impagados, ello no consiente equiparación con una operación de préstamo, aun cuando, incluso, los fiadores fuesen los socios de la sociedad afianzada*¹³⁴.

c") Extinción: hecho obstativo a la subrogación, en préstamo con fiadores solidarios.

*La disposición del capital prestado, por entrega indebida del propio prestamista, al pagar un cheque, prácticamente de su importe, al administrador que carecía de poderes suficientes, pese a constar en la misma póliza de préstamo, la referencia a la escritura social que definía el alcance de aquéllos, no obstante, las vacilaciones refleja la anulación, luego rectificada, manifiestan, de manera patente, la ocurrencia de un hecho, que, en buena hermenéutica, supone que frente a la reclamación del reembolso del préstamo por la prestamista a la prestataria, esta última puede oponer la irregularidad del pago efectuado a quien no estaba autorizado, frustrando, con ello, la reclamación, y, por ende, la devolución. Tal evento, encaja en el supuesto que previene al artículo 1852 del Código Civil, al tratarse de un «hecho del acreedor» que impide por su culpa o negligencia, el buen fin del derecho al reembolso de préstamo exigible a la prestataria*¹³⁵.

d") Usura.

¹³⁴ STS (Sala de lo Civil), de 18-2-1991 (RJ 1991\1449), F.D.3°.

¹³⁵ STS (Sala de lo Civil), de 25-10-1999 (Recurso de Casación núm. 696/1995) (RJ 1999\7399), F.D.4°.

1. Intereses usurarios (inexistencia): aplicación establecida dentro de los límites permisibles de la práctica bancaria.

Conforme al inciso final del fundamento quinto de la sentencia recurrida, en ningún caso cabría argüir acerca de error en la apreciación probatoria, ya que en él se hizo mención de los «tipos aplicados según informe pericial» para llegar a la conclusión de que los mismos no eran usurarios y se hallaban dentro de la práctica bancaria en los límites permisibles, y así es de ver que en el referido informe (al folio 314) se señalan varios intereses atendidas las distintas operaciones: 20, 19, 21, 26 y 17 %¹³⁶.

2. Principio de jerarquía normativa: infracción inexistente.

El segundo motivo, último que queda por estudiar, invoca la infracción, por aplicación indebida, de la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981, ya que, por su rango legal, no puede ir contra lo establecido en la Ley de 23 de julio de 1908, ni ir, tampoco, la liberación de intereses contra el fin primero social y ético de la prevención de la usura. Aunque ciertamente la ley tenga un superior rango normativo respecto a la orden ministerial, ello no confiere la posibilidad de establecer una contraposición o contradicción entre los preceptos acabados de indicar, por el hecho de que la Orden dejara «en libertad total a las partes para fijar los tipos de interés», puesto que esa posibilidad sólo hubiera podido darse en el caso de que la Ley de 1908 hubiera señalado una «tarifa» para el interés a devengar en los préstamos, bien fijando cuantitativamente el permitido, bien marcando el máximo superior a admitir como lícito, lo cual, no ocurrió en la Ley de 1908, al limitarse, en su artículo 1, a declarar la nulidad para «todo contrato en que se estipule un interés notablemente superior al

¹³⁶ STS (Sala de lo Civil), de 18-2-1991 (RJ 1991\1449), F.D.2º.

normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel «leonino»¹³⁷.

e') Culpa contractual: efectos (doctrina jurisprudencial general).

Si bien es cierto que la jurisprudencia tiene establecido que el incumplimiento contractual no lleva necesariamente aparejados daños y perjuicios, también viene señalando que tal doctrina no es de aplicación tan absoluta en los casos en que de los hechos demostrados o reconocidos por las partes en el pleito se deduzca necesaria y fatalmente la existencia del daño, así como que el incumplimiento, por regla general, puede constituir «per se» un perjuicio, un daño, en su interés material o moral, cuya existencia y determinación de su cuantía corresponde apreciar al juzgador de instancia (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 septiembre 1986 (RJ 1986\4786), 20 abril 1993 (RJ 1993\3102) y 18 julio 1997 (RJ 1997\5522), entre otras]¹³⁸.

f') Juicio ejecutivo.

a") Error de hecho: sobre la cantidad.

Existe un error manifiesto apreciable por cualquier profano en este tipo de operaciones bancarias y que tuvo que resultar evidente para el recurrente dada su profesión, según resulta de la documentación de solicitud de préstamo, de empleado bancario, error que se constata no sólo por la simple lectura de las cláusulas comentadas de la póliza, sino por la documentación previa a la concesión del préstamo, que aunque confeccionada ciertamente, como es lo

¹³⁷ STS (Sala de lo Civil), de 18-2-1991 (RJ 1991\1449), F.D.4º.

¹³⁸ SAP de Tarragona (Sección 1ª.), de 20-10-1998 (Rollo de Apelación núm. 163/1997) (AC 1998\2085), F.D.5º.

habitual, por la entidad que concede el préstamo, revelan que los plazos de devolución son 48 y no los 36 que por error se consignó en la póliza; no se trata tanto de un problema de interpretación de un contrato como de un supuesto típico de discordancia inconsciente entre la voluntad interna y la declarada, es decir del llamado error obstativo o en la declaración, supuesto que ha de resolverse por razones de justicia en favor de la voluntad interna, es decir de lo efectivamente querido, salvo que excepcionalmente por exigencias de seguridad del tráfico jurídico y para protección de la buena fe de terceros haya de estarse a lo declarado, excepción que no es de aplicación al presente caso toda vez que no es predicable del recurrente la buena fe, que debe informar el ejercicio de los derechos (art. 7.1 del Código Civil), dada su cualificación profesional y la manifiesta evidencia del error¹³⁹.

b") Fundamentos de la acción ejecutiva, en póliza de préstamo (título ejecutivo): cumplimiento de todos los requisitos formales en las certificaciones del fedatario mercantil.

Hay que confirmar que el contrato suscrito (...) cumple todos los requisitos de ejecutoriedad que el artículo 1429.6º. de la Ley de Enjuiciamiento Civil otorgan al título indicado y habilitan para despachar la ejecución, dado que en los documentos números 3 y 4 de la demanda el fedatario público no sólo consigna la certificación del saldo, sino que la intervención de aquel fedatario mercantil acredita que dicho saldo se refiere a la cuenta de préstamo y que la póliza de préstamo es conforme con el asiento relativo a la misma que aparece en su libro-registro¹⁴⁰.

c") Nulidad.

¹³⁹ SAP de Palencia, de 11-4-1995 (Rollo de Apelación núm. 578/1994) (AC 1995\659), F.D. Único.

¹⁴⁰ SAP de Cádiz, de 24-6-1996 (Rollo de Apelación núm. 209/1994) (AC 1996\1094), F.D.3º.

1. Falta de citación de remate del deudor, con las formalidades prescritas en la ley: citación personal del ejecutado en su domicilio, y no por edictos.

Se alega asimismo la nulidad del juicio por irregularidad en la citación de remate, al amparo de lo dispuesto en el art. 1467.3º. LEC. En este sentido se indica que fue citada por edictos y que no se ha realizado la segunda citación en búsqueda.

Motivo de oposición que debe ser igualmente rechazado, pues se comprueba en autos que la diligencia de requerimiento de pago, embargo de bienes y citación de remate (f. 52), se realizó no por edictos, sino en la persona de don Veremundo G. y su esposa, en su domicilio, reuniendo el primero además de la condición de fiador la de legal representante de la demandada «Construcciones Goñi y Bulman, SL», haciéndose constar en dicha diligencia su negativa a firmar¹⁴¹.

2. Nulidad de la obligación: acreditación de la existencia del préstamo y de la entrega del importe al prestatario ejecutado.

Un tercer motivo de oposición es el de nulidad del título ejecutivo, por ser nula la obligación del título en virtud del que se ha despachado la ejecución, al amparo del art. 1467.1º. LEC (...).

La prueba pericial contable, acordada para mejor proveer (...), señala que el 8 de octubre de 1992 se ingresó en la cuenta corriente ..., un importe de 2.600.000 ptas., con el concepto de «apertura cuenta de préstamo».». Que existe en fecha 8 de octubre de 1992 una orden de transferencia (...). Dicha orden de transferencia fue ejecutada el 9 de octubre de 1992, mediante su abono en la cuenta de deudores morosos (...).

¹⁴¹ SAP de Navarra, de 21-4-1995 (Rollo de Apelación núm. 281/1994) (AC 1995\660), F.D.2º.

*Por todo lo expuesto, dando por reproducido a mayor abundamiento lo razonado en la sentencia de instancia, procede desestimar el presente motivo de oposición*¹⁴².

3. Nulidad del título.

3.1. Cláusula de anticipación del vencimiento y obligación de amortización de préstamo por falta de pago de intereses en las fechas estipuladas.

En el caso presente el Banco ejecutante ha hecho uso de la facultad prevista en la cláusula quinta b): anticipar el vencimiento y la obligación de amortización del préstamo, por la falta de pago de intereses en las fechas estipuladas.

Solicita así la devolución del préstamo concedido (2.600.000 ptas.) más los intereses devengados al 15,50%. Interés pactado y que no es el de demora del 27,50%.

Dicha posibilidad de vencimiento anticipado fue pactada por las partes, al igual que el interés, no siendo contrario a la naturaleza del contrato de préstamo mercantil, ni contrario al orden público o a la moral, ni contraviene las Leyes, especialmente el art. 51 de la Constitución, ni su más correcta alegación a través de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, y más concretamente el art. 2.2 de la citada Ley, en relación con los artículos 10 y 12.2, pues no cabe considerar abusiva o contraria a la buena fe y justo equilibrio, el pacto por el que ante el previo y concreto incumplimiento del usuario, y que así fue previamente concretado en la póliza, el Banco dé por anticipadamente vencida la póliza y obligación de devolución.

No considerando la Sala contraria a la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, la cláusula utilizada en la presente litis, el resto de

¹⁴² SAP de Navarra, de 21-4-1995 (Rollo de Apelación núm. 281/1994) (AC 1995\660), F.D.3º.

*las alegadas, aun cuando fueron nulas, no determinarían la nulidad del título, por lo que es susceptible de servir como tal para despachar ejecución, por lo que deviene el motivo rechazable o irrelevante, y por lo tanto no procede su estimación*¹⁴³.

3.2. Cumplimiento de los requisitos legales del título, dejando el estudio o análisis del contrato subyacente para el juicio declarativo correspondiente.

*Es criterio reiterado por la llamada jurisprudencia menor, que el estudio o análisis del contrato subyacente, dado el estrecho cauce del juicio ejecutivo, ha de limitarse a la comprobación de si las transferencias económicas derivadas de aquel contrato han sido efectivas, reservándose para el juicio declarativo que corresponda el estudio de las cuestiones relativas a la eficacia, validez o nulidad, siendo opinión mayoritaria que no se deben entrar a discutir todas y cada una de las incidencias derivadas del contrato subyacente, pues tal cometido es más propio del juicio declarativo, al que cualquiera de las partes puede acudir, por la falta de autoridad de cosa juzgada inherente a las sentencias dictadas en estos juicios*¹⁴⁴.

*Por lo anteriormente expuesto, ajustándose el título -póliza de préstamo- a todos los requisitos legales, habiendo sido intervenida por un fedatario público -Corredor de Comercio Colegiado-, y cumpliendo las exigencias del art. 1435, en relación al núm. 6 del art. 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta procedente la íntegra confirmación de la sentencia recurrida, y la desestimación del recurso de apelación*¹⁴⁵.

¹⁴³ SAP de Navarra, de 21-4-1995 (Rollo de Apelación núm. 281/1994) (AC 1995\660), F.D.5°.

¹⁴⁴ SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 29-5-1993 (Rollo de Apelación núm. 495/1991) (AC 1993\1064), F.D.3°.

¹⁴⁵ SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 29-5-1993 (Rollo de Apelación núm. 495/1991) (AC 1993\1064), F.D.4°.

3.3. Falta de legitimación para reclamar ante la entidad financiera por supuestas deficiencias en la maquinaria adquirida, al no haberse dirigido primero contra la proveedora de la misma.

Los demandados tratan de justificar el impago de la deuda al Banco en el hecho de que éste al ingresar el importe del préstamo en la cuenta corriente abierta, no pudo disponer de dicha cantidad para transferirla al proveedor de la máquina adquirida sin una orden expresa de los titulares de la cuenta¹⁴⁶.

En nuestro caso, está claro que la maquinaria fue recibida por el comprador con simultaneidad al pago del precio al proveedor y ninguna objeción consta que haya sido formulada por los demandados en este sentido¹⁴⁷.

Si el comprador de la maquinaria no acredita que haya formulado reclamación contra la casa proveedora, no está legitimado para efectuar esa reclamación contra el Banco que prestó el dinero y financió la compraventa, excusándose injustificadamente de abonar la cantidad adeudada. Como dice la juzgadora de instancia, si el demandado tuviera que hacer alguna reclamación a la casa vendedora, debe dirigirse a ella directamente, y también, como es lógico, quede a salvo su derecho contra el Banco demandante, tal como está previsto en el artículo 1479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁴⁸.

4. Título sin fuerza ejecutiva.

4.1. Ausencia de pacto de liquidez: suficiencia del título en el que el contrato se concreta.

El pacto de liquidez que establece el art. 1435.4 de la LEC, precisa de determinados requisitos para que pueda entenderse subsistente entre los que se

¹⁴⁶ SAP de Cádiz, de 24-6-1996 (Rollo de Apelación núm. 209/1994) (AC 1996\1094), F.D.4.º.

¹⁴⁷ SAP de Cádiz, de 24-6-1996 (Rollo de Apelación núm. 209/1994) (AC 1996\1094), F.D.5.º.

¹⁴⁸ SAP de Cádiz, de 24-6-1996 (Rollo de Apelación núm. 209/1994) (AC 1996\1094), F.D.6.º.

halla, aparte de la formalización del contrato en escritura pública notarial o en póliza intervenida por Corredor de Comercio Colegiado o Agente de Cambio y Bolsa y de que se trate de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación, que se haya pactado expresamente que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en el certificado expedido por la entidad acreedora, es ese último requisito el que falta en el caso estudiado, puesto que la cláusula 9ª. de la póliza considera bastante para iniciar la vía judicial ejecutiva el título en el que el contrato de préstamo se concreta mas, si el Banco lo considera oportuno, una certificación del mismo en la que se acredite el importe total debido y reclamado. Esta cláusula es de todo punto válida, máxime cuando en este supuesto es, como ya se apuntó, muy sencilla la liquidación de la suma adeudada. Pero es que, además, sobreabunda la certificación del fedatario mercantil conforme al art. 1435.4 de la LEC, que, como se ha dicho y al no haber sido convenida, devenía innecesaria¹⁴⁹.

4.2. Cantidad ilíquida.

4.2.1. Determinación del saldo deudor mediante una simple operación aritmética.

Aduce también la parte apelante, como motivo de nulidad del juicio, el ser la cantidad reclamada ilíquida, al amparo del art. 1467.2 LEC, ya que se han hecho entregas de 90.000 ptas. y 70.000 ptas., respectivamente el 16 de agosto y 7 de septiembre de 1993 (...).

Dada la naturaleza real del contrato de préstamo, el obligado a devolverlo sabe desde la entrega de la cantidad prestada, lo que debe devolver, incrementado en los intereses pactados, por lo que a los efectos del artículo

¹⁴⁹ SAP de Navarra (Sección 2ª.), de 17-12-1997 (Rollo de Apelación núm. 101/1997) (AC 1997\2551), F.D.2º.

1435 LEC, debe entenderse cumplida la exigencia de liquidez merced a la certificación de liquidación contemplada en la cláusula octava, párrafo 2º. de la póliza, suficientemente intervenida por el Corredor de Comercio, en orden a constatar que ha sido practicada conforme a las condiciones pactadas, como así por otra parte acredita la prueba pericial contable¹⁵⁰.

4.2.2. Incorporación de un anexo en la póliza de préstamo, en el que se establece la tabla de liquidaciones y amortizaciones con las comisiones y gastos respectivos.

Con independencia del anexo que incorpora la propia póliza en el que se establece la tabla de liquidaciones y amortizaciones con las comisiones y gastos respectivos, lo que hace muy sencillo establecer la cantidad total que resta a los ejecutados por pagar, y dado que tal facilidad es aquí sobreañadida al tratarse de un contrato de préstamo (...), no hay que olvidar que el extracto de cuenta discutido no integra el título ejecutivo, de manera que no puede aprovechar a los deudores la cita del artículo mencionado; se cumplen en definitiva los términos prevenidos en el art. 1429.6 de la ley de Enjuiciamiento Civil¹⁵¹.

4.2.3. Póliza de préstamo: determinación del saldo deudor mediante operaciones aritméticas sin necesidad de acudir al art. 1435 LEC.

Pues bien, por la misma razón que las pólizas de préstamo son líquidas, «ab initio», a los efectos de determinar su fecha la preferencia, en caso de concurrir con otros créditos, es evidente que tal liquidez existe en el caso de usar del privilegio de su ejecución, sin que sea preciso cumplir el trámite previsto en el artículo 1435 LEC de 1881 para otros contratos mercantiles que

¹⁵⁰ SAP de Navarra, de 21-4-1995 (Rollo de Apelación núm. 281/1994) (AC 1995\660), F.D.4º.

¹⁵¹ SAP de Navarra (Sección 2ª.), de 17-12-1997 (Rollo de Apelación núm. 101/1997) (AC 1997\2551), F.D.1º.

no conllevan esa liquidez, de ahí que las operaciones y cálculos aritméticos efectuadas por la entidad de crédito para determinar el saldo deudor, ni es preciso llevarlas a cabo conforme a dicho precepto, ni tampoco realizar la notificación prevista en su último apartado, sólo necesaria cuando la liquidación referida en el párrafo anterior de dicho artículo 1435, como razonaremos «in extenso», en el fundamento de derecho décimo. Al despacharse ejecución, en el presente caso, en base a una póliza de préstamo no puede acogerse la pretendida «iliquidez», en que se basa la nulidad opuesta por la co-ejecutada comparecida y hoy recurrente, ni son en modo alguno relevantes las alegaciones realizadas a propósito de las pretendidas deficiencias de la certificación del fedatario mercantil precisamente por no ser requisito «sine qua non» para el despacho de la ejecución¹⁵².

4.2.4. Contrato líquido «per se», pese a la complejidad aritmética para su concreción.

Lleva razón el recurrente cuando sostiene que estamos en presencia de una póliza de préstamo y no de crédito, no sólo porque así lo denominan los contratantes sino por el contenido de las propias cláusulas. La póliza intervenida por corredor colegiado, fechada el 11 de abril de 1991 no ofrece la menor duda interpretativa; se trata de un préstamo-financiación a las Pymes, en cuyo encabezamiento se está remitiendo a la Orden de la Consellería de Economía y Hacienda de 17-7-1990¹⁵³.

Estando en presencia de una póliza de préstamo, no se funda la oposición en la plus-petición (errores en las operaciones liquidatorias), sino en la iliquidez (al ignorarse las bases de la liquidación, lo que daría lugar a la nulidad del juicio).

¹⁵² SAP de Madrid (Sección 10ª.), de 10-2-2001 (Recurso de Apelación núm. 526/1997) (AC 2001\1216), F.D.7º.

¹⁵³ SAP de La Coruña (Sección 5ª.), de 30-6-1999 (Recurso de Apelación núm. 38/1998) (AC 1999\6210), F.D.2º.

La póliza de préstamo contiene las bases para la liquidación de intereses, sumas dispuestas pendientes de reembolso y desde la fecha de la disposición, un tipo de interés variable que se determine conforme a las reglas que fija la cláusula cuarta.1, apartados a) a d) (...).

Si además se pactan en la cláusula sexta el interés de demora al 27 por 100, una comisión del 1 por 100 trimestral sobre el mayor saldo vencido, y en la cuarta P.5 una comisión de apertura de 300.000 ptas., forma de liquidarse los intereses normales y los de demora, no cabe más que concluir que ninguna iliquidez existe, siendo ya el préstamo líquido «per se», cualquiera que sea la complejidad aritmética para su concreción¹⁵⁴.

4.3. Liquidación de intereses sobre una cuenta abierta «ad hoc» por el banco, distinta de aquélla en la que se practica el abono del préstamo.

Este uso bancario, de practicar la liquidación de intereses y capital de un préstamo en una cuenta de préstamo distinta de aquella en la que se practica el abono del mismo, está sobradamente justificado por la propia naturaleza de una cuenta corriente en la que se efectúan distintas operaciones de cargos y abonos por distintos conceptos, resultando complejo como alega el apelante, practicar una liquidación correcta de los intereses de dicho préstamo. A lo dicho además hay que sumar que este medio auxiliar de contabilidad de que se sirve el banco, viene a beneficiar a los contratantes¹⁵⁵.

4.4. Notificación del saldo: falta de recogida de telegrama y conocimiento por causa imputable al destinatario.

¹⁵⁴ SAP de La Coruña (Sección 5ª.), de 30-6-1999 (Recurso de Apelación núm. 38/1998) (AC 1999\6210), F.D.4º.

¹⁵⁵ SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 8-10-1994 (Rollo de Apelación núm. 256/1994) (AC 1994\1861), F.D.2º.

Numerosas resoluciones de ésta y otras Audiencias Provinciales –cuya notoriedad excusa su concreta cita– se cuidan de precisar que como es sabido, el art. 1435 LEC, tras la reforma en él operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, establece en su apartado quinto que en los casos a los que se refiere el párrafo anterior –entre los que no se cuentan las pólizas de préstamo–, la entidad acreedora deberá notificar previamente al deudor o al fiador el importe de la cantidad exigible. Este precepto establece un verdadero deber, una obligación a cargo del acreedor que acciona en vía ejecutiva para la efectividad de su derecho. El cumplimiento de este deber viene a integrar el título ejecutivo, por lo que su concurrencia deberá ser examinada de oficio, «in limine litis» por el juez ejecutor, quien denegará la ejecución si la notificación no se ha verificado en forma legal (art. 1440, párr. 3º., LEC) (...).

El art. 1435 LEC no establece una forma especial de notificación ni exige expresamente la forma pública, como hace el art. 153 LH –judicial o notarialmente– para el supuesto paralelo de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito. La notificación puede, por tanto, realizarse privadamente, como ya dijera la Sala de lo Civil de la Extinta Audiencia Territorial de Baleares en su S. de 27 de febrero de 1989. Pero lo que es indispensable es que el actor acredite cumplidamente al juez ejecutor haber practicado la notificación (...).

Dejado aviso del telegrama, su falta de recogida y conocimiento obedece a causa sólo imputable al destinatario, el cual se vería cubierto de la acción ejecutiva con solo dejar de acudir a las oficinas correspondientes a recogerlo. El carácter recepticio de la notificación no implica el real y efectivo conocimiento, sino que conste en autos su remisión y que ha llegado a la órbita de decisión del destinatario, quien con su actitud, voluntaria o negligente, ha obstaculizado o impedido el cumplimiento de su finalidad esencial al haberse remitido el telegrama al domicilio de la ejecutada, extremo no cuestionado por la apelante, razones todas, que conducen a la desestimación del motivo¹⁵⁶.

¹⁵⁶ SAP de Madrid (Sección 10ª.), de 10-2-2001 (Recurso de Apelación núm. 526/1997) (AC 2001\1216), F.D.10º.

d") *Excepciones.*

1. Falta de personalidad: fallecimiento del Procurador, compareciendo nueva Procuradora, aportando el correspondiente poder.

El examen de los autos, a lo que no ha debido ser ajeno la parte demandada, revela que presentada inicialmente la demanda por el Procurador don Felipe E. A., acompañando el oportuno poder de representación, el día 11 de octubre de 1993, como consecuencia de su fallecimiento cuatro días después, se subsanó a los efectos prevenidos en el art. 9.7 LEC compareciendo la Procuradora doña Susana L. A. -aportando el correspondiente poder- en nombre de la actora, con quien se han entendido las actuaciones y de lo que tuvo conocimiento la parte demandada a partir de la propuesta de providencia de 5 de febrero de 1994 (f. 62), por la que se tiene por comparecida a aquélla y le concede el trámite de formalización de la oposición anunciada.

No existe por lo tanto tal falta de poder en la representación de la actora, por lo que el motivo debe ser desestimado¹⁵⁷.

2. Pluspetición: ausencia de pacto sobre interés de demora.

La excepción de plus petición, amparada por el primer inciso del artículo 1466 LEC de 1881, tiene una finalidad análoga a la de la «quita» prevista en el número 5º. del artículo 1464 LEC de 1881, pues, del mismo modo que ésta, afecta al elemento cuantitativo de la obligación, a su «quantum» o montante económico. Implica la reducción cuantitativa de la deuda a virtud de una circunstancia simultánea o posterior a la constitución de la obligación inicial, pero en todo caso anterior al juicio, que no resulta ni se refleja en el documento del que resulta la deuda inicial y que, es el que sirve de título al acreedor para

¹⁵⁷ SAP de Navarra, de 21-4-1995 (Rollo de Apelación núm. 281/1994) (AC 1995\660), F.D.2º.

fundar su demanda ejecutiva. Si bien el juzgador debe despachar la ejecución por la cantidad pedida, coincidente con lo que aparece del título, el ejecutado puede poner en conocimiento del órgano la existencia de la vicisitud enervante o modificativa de la obligación.

Mas, a diferencia de lo que sucede con la «quita», la plus petición no atañe a cualquier motivo o elemento del contrato, sino que sólo afecta a una cantidad del débito (...).

Nada obsta, sin embargo, a que efectuada una variación del débito, el ejecutado afirme y pruebe la existencia de unos pagos, independientemente de que conocidos éstos por el ejecutante, deba asimismo ponerlo en conocimiento del juzgado (...).

A su vez, la estimación de la excepción no autoriza a declarar la nulidad del juicio como impropiamente se interesa por la ejecutada oponente, ni siquiera impide el dictado de la sentencia «de remate» (...).

El no haberse pactado los concretos intereses de demora aplicables al préstamo controvertido, únicamente a la ejecutante puede deparar perjuicio, procediendo aplicar en tal concepto los mismos convenidos como remuneratorios -17 por 100-¹⁵⁸.

g') Litis consorcio activo necesario: inexistencia.

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada. Las excepciones opuestas por los demandados respecto al litisconsorcio necesario en sus modalidades activa y pasiva no pueden ser aceptadas en cuanto que la primera se opone frontalmente a lo dispuesto en el artículo 1385.2 del Código Civil a cuyo tenor la esposa no tenía por qué demandar en juicio pues la defensa de los bienes comunes por vía de acción o de excepción corresponde a cualquiera de los cónyuges y en cuanto a la segunda porque la demanda se

¹⁵⁸ SAP de Madrid (Sección 10ª.), de 10-2-2001 (Recurso de Apelación núm. 526/1997) (AC 2001\1216), F.D.9º.

*sustenta en las obligaciones contraídas en el documento privado de 31 de enero de 1986 signado exclusivamente por los hoy litigantes a quienes únicamente puede afectar en virtud de lo dispuesto en el artículo 1257 del Código Civil y ello sin perjuicio de las relaciones que como socios guarden entre sí los hermanos V. R.*¹⁵⁹.

h') Mutuo o simple préstamo: intereses de demora del 29% y resolución anticipada (cláusulas no abusivas).

Estas cláusulas responden a la mecánica bancaria habitual y no son abusivas pues parece razonable que la mora produzca un gravamen del tipo de interés, penalizante (art. 1152 C.c.), y que el incumplimiento del contrato faculte para su resolución (con eliminación del beneficio de plazo), así como que la entidad pueda disponer de los saldos de otras cuentas para hacerse pago de lo debido.

*(...) Además, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia ha declarado que el pacto por el que se establece el interés de demora en un 29 % anual no resulta desproporcionado cuando responde al promedio habitual de la práctica bancaria con referencia a la fecha en la que fue convenida la póliza por las partes (STS 29 de septiembre de 1992 -RA 7330- y SSAP Barcelona -Sec. 4ª- de 27 de diciembre de 2002 -AC 165775- y -Sec. 12ª- de 21 marzo 2002- AC 152009) que, en nuestro caso, se remonta al año 1996 y que el tipo devengado no supera en más de dos veces y media el tipo aprobado por el Banco de España para descubiertos en cuenta corriente. Por ello, aunque enormemente gravoso este tipo cuando el precio del dinero, por la evolución monetaria, se ha reducido radicalmente, no puede considerarse que su fijación constituya una cláusula abusiva*¹⁶⁰.

¹⁵⁹ SAP de Murcia, de 24-2-1994 (Rollo de Apelación núm. 274/1993) (AC 1994\345), F.D.1º.

¹⁶⁰ SAP de Barcelona (Sección 1ª.), de 18-10-2004 (Recurso de Apelación núm. 633/2003) (JUR 2004\303112), F.D.1º.

i') Negocio fiduciario.

a") Doctrina jurisprudencial general: concepto.

El fondo del actual proceso se desenvuelve sobre la validez y eficacia del contrato privado de 31 de enero de 1986, cuya realidad ha sido reconocida por los litigantes y que contiene un préstamo con garantía fiduciaria sobre dos inmuebles sitos en La Alberca y San Pedro del Pinatar que fueron transmitidos al demandante como seguridad de la devolución de un préstamo dinerario, cuya validez es incuestionable dado que recoge las exigencias de consentimiento, objeto y causa propias del artículo 1261 del Código Civil y en cuanto al negocio fiduciario que supone, porque el Tribunal Supremo superando conocidas inquietudes doctrinales ha reconocido la vigencia de dicha especie negocial en sus Sentencias de 16 mayo 1983, 2 junio 1982 (RJ 1982\3402), 9 diciembre 1981 (RJ 1981\5153), 27 junio 1980 (RJ 1980\2414), etc. significando la unión de dos negocios, uno de carácter positivo y naturaleza real cual es una atribución patrimonial y otro de carácter negativo y de naturaleza obligacional cual es la obligación de restitución¹⁶¹.

b") Fiducia «cum creditore».

1. Existencia: transmisión figurada del dominio de inmuebles y préstamo en garantía del cumplimiento de lo pactado.

En virtud del contrato que se menciona los demandados reconocían expresamente adeudar a don Gregorio S. F. la cantidad de seis millones de pesetas en concepto de préstamo, la mitad de dicha cantidad sin interés y la

¹⁶¹ SAP de Murcia, de 24-2-1994 (Rollo de Apelación núm. 274/1993) (AC 1994\345), F.D.2°.

*otra mitad con un pacto de devengo de un interés anual del 22% comprometiéndose a su total amortización en el plazo de seis años y estableciendo como garantía de su devolución un negocio fiduciario sobre dos inmuebles transmitidos, respectivamente, en 30 de septiembre de 1985 y en 1 de octubre de 1985*¹⁶².

2. Efectos: usura (inexistencia).

*El convenio que se menciona no está afectado por las disposiciones de la Ley 23 julio 1908 que decreta la nulidad de todo contrato de préstamo en que «se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte leonino habiendo sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales» y ello porque el Tribunal Supremo ha dicho en su Sentencia de 8 julio 1988 (RJ 1988\5589) que «el porcentaje del 24% anual no puede considerarse exorbitante dada la actual mecánica del tráfico mercantil y de las operaciones crediticias» y porque la comunicación obrante en autos (folio 214) del Banco (X) supone que dicho porcentaje es usual en la práctica bancaria y comercial, no existiendo en su clausulado ningún tipo de estipulación de penalización, vencimiento anticipado, comisión, liquidación periódica de intereses y su acumulación al capital, etc. que agrave la situación de los demandados (...)»*¹⁶³.

j') Precontrato (inexistencia): mera solicitud de préstamo condicionada a la conformidad de la entidad financiera.

¹⁶² SAP de Murcia, de 24-2-1994 (Rollo de Apelación núm. 274/1993) (AC 1994\345), F.D.3º.

¹⁶³ SAP de Murcia, de 24-2-1994 (Rollo de Apelación núm. 274/1993) (AC 1994\345), F.D.4º.

El documento F.4A aportado con la demanda, que se pretende calificar de precontrato, no lo es: se trata, simplemente, como se indica literalmente una «solicitud de préstamo», firmada, ciertamente, por las dos partes litigantes, que, como se indica explícitamente, «deberá ser presentada ante la entidad financiera que deberá hacer constar su conformidad». Esto no es precontrato, carece de los detalles mínimos del contrato que pueda ser exigida su vigencia¹⁶⁴.

k') Prescripción de acciones.

a") Préstamo con intereses: capital e intereses moratorios (aplicación del plazo ordinario quincenal del art. 1964 CC), y los intereses remuneratorios (el de cinco años).

Repitiendo ahora la (sentencia) de 2-2-1998, decíamos: «En cuanto al motivo de la prescripción quinquenal», debemos «distinguir el régimen prescriptivo del capital e intereses moratorios, que es el ordinario quincenal del art. 1964 del Código, del especial y más corto de cinco años de los intereses remuneratorios (art. 1966-3º). La conclusión (como la misma cuestión) es polémica, pero entendemos que es la que debe seguirse a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 17-3-1994 (RJ 1994\1989) que, con el antecedente de otras citadas en ellas [14-11-1934 (RJ 1934\1809) y 14-3-1964 (RJ 1964\1594)], así lo proclama; y en idéntico sentido las de la Sección 2ª. de esta Audiencia de 23-7-1997 y de la 5ª. de 23-10-1997 y 23-1-1998.

El art. 1966-3º. no es aplicable a los préstamos y, en general, a aquellas obligaciones en que la prestación principal sea unitaria y donde el acreedor tiene derecho a un total inicialmente determinado aunque, para una mayor

¹⁶⁴ STS (Sala de lo Civil), de 30-3-2001 (Recurso de Casación núm. 989/1996) (RJ 2001\6640), F.D.2º.

facilidad, se hubieran pactado entregas periódicas [STS de 31-1-1980 (RJ 1980\174) reseñada por el Juzgado]. Por esta razón, la acción para exigir el pago del capital pendiente es la ordinaria quinquenal; y esto mismo es aplicable respecto de los intereses moratorios, al tratarse de intereses de sumas debidas [STS de 3-2-1994 (RJ 1994\972) y SAP-4ª. de La Coruña de 12-9-1995, ... sólo se habla de intereses moratorios], y dado su significado indemnizatorio por el incumplimiento o retraso, independiente de si fueron o no pactados o contemplados en el contrato (art. 1108 del Código Civil).

Distinto es el caso de los intereses nominales, remuneratorios o compensatorios que son el lucro o beneficio económico del acreedor por el aplazamiento de la devolución del capital prestado, los cuales se devengan, desde luego, durante el cumplimiento y prescriben, conforme al art. 1966, a los cinco años; los antecedentes y el fundamento histórico de la norma lo confirma [STS de 17-3-1994 (RJ 1994\1989)], al haberse buscado evitar la carga excesiva para el deudor de una reclamación muy posterior del importe de la totalidad de los plazos con una gran acumulación de intereses»¹⁶⁵.

b") Obligaciones únicas, cuyo pago se realiza fraccionadamente: aplicación del plazo general de quince años (art. 1964 CC).

Es categórica la jurisprudencia del T.S. en la interpretación del precepto (el art. 1966, 3 del Código Civil) en el sentido de que el plazo de prescripción quinquenal solo es aplicable cuando se trata de exigir el pago de obligaciones de vencimiento periódico inferior a un año, pero no a las obligaciones únicas en las que el pago se haya pactado por plazos, para las que rige la norma general del art. 1964 del C. Civil; es decir, los 15 años, lo que es aplicable no sólo al principal, sino también a los intereses remuneratorios y a los moratorios; estos últimos tienen una función económica que no es exactamente

¹⁶⁵ SAP de La Coruña (Sección 4ª.), de 5-2-2001 (Recurso de Apelación núm. 1226/2000) (AC 2001\441), F.D.2º.

la de constituir el precio a abonar por la utilización de bienes de capital ajeno, sino que se vincula a la mora solvendi, constituyendo una indemnización por el retraso en el pago, habiendo sido específicamente concertados, devengándose sin sujeción a pagos fraccionados, a lo que hay que añadir que el principio de autorresponsabilidad despoja de especial consideración tutelar la actitud pasiva del deudor.

En cuanto a los remuneratorios o compensatorios (...) cuando, como es el caso, se ha pactado expresamente por las partes que los intereses no satisfechos se capitalizan [pacto permitido por el art. 317 del Código de Comercio], es de aplicar el plazo de 15 años del art. 1964 ya citado, criterio que conecta con la doctrina establecida en las SSTs de 3/2/1994 (RJ 1994\972), 31/1/1980 (RJ 1980\174) y 16/10/1984 (RJ 1984\4870)], determinante de que la obligación de abonar intereses prescribe en el plazo indicado y no a los 5 años del 1.963¹⁶⁶.

l') Préstamo hipotecario.

a") Aplicabilidad de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

La Junta Directiva concreta la presente consulta a la duda «acerca de si la Orden de 5 mayo 1994 es sólo aplicable a los préstamos hipotecarios sobre vivienda -que a su vez reúnan las demás circunstancias previstas en la norma- o si también debe extenderse a aquellos créditos que por su instrumentalización, con disposición inmediata y cuadro de amortización inicial, tienen un carácter mixto entre los tradicionales préstamos y créditos en cuenta corriente»¹⁶⁷.

Esta Dirección General carece, tratándose de consultas a ella dirigidas, de facultades interpretativas sobre normas distintas a la Ley del Notariado, su

¹⁶⁶ SAP de La Coruña (Sección 1ª), de 4-5-2000 (Recurso de Apelación núm. 2877/1999) (JUR 2001\1095), F.D.4º.

¹⁶⁷ Resolución DGRN, de 27-10-1994 (RJ 1994\10729), F.D.1º.

Reglamento y disposiciones complementarias. Por ello, no puede pronunciarse sobre el ámbito objetivo del íntegro contenido normativo de la mencionada Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 mayo 1994, sino únicamente sobre el alcance de las específicas precisiones que dicha norma establece respecto de la actuación de los Notarios¹⁶⁸.

Por cuanto antecede debe concluirse que está plenamente justificado que en la documentación de las operaciones objeto de la presente consulta, el Notario actúe de modo especificado para los préstamos en el artículo 7 de la Orden de 5 mayo 1994. Además, no puede olvidarse que conforme al artículo 147 del Reglamento Notarial, el Notario es el autor del documento; por ello, en aras del deber de información y de asistencia al otorgante necesitado de ella y para facilitar a éste la adecuada comprensión del contrato, en la redacción de la escritura pública deberá incluir (o hacer la oportuna advertencia sobre ello cuando se redacte conforme a minuta) las cláusulas financieras a las que se refiere el artículo 6 de la Orden, con las adaptaciones que, en su caso, vengan impuestas por la especialidad del contrato de crédito¹⁶⁹.

b") Cancelación.

1. Orden de cancelación dada por el vendedor (mandante) a la entidad bancaria mandataria: falta de prueba por el comprador del local.

El actor y hoy recurrente no ha conseguido probar la existencia del encargo, orden de cancelación de la hipoteca (del) mandante, (al) mandatario (entidad bancaria), sin que por ello, existiera procedimiento alguno que obligara a este último a cancelar bajo su exclusiva responsabilidad aquel préstamo hipotecario, por cuanto no siendo parte en la escritura de

¹⁶⁸ Resolución DGRN, de 27-10-1994 (RJ 1994\10729), F.D.2°.

¹⁶⁹ Resolución DGRN, de 27-10-1994 (RJ 1994\10729), F.D.6°.

compraventa celebrada entre el señor A. B. y (el mandante), el conocimiento de la misma por la remisión notarial de una copia no le autorizaba, sin orden expresa a aquella cancelación¹⁷⁰.

2. Ingreso por el actor, comprador, en la cuenta del vendedor: responsabilidad exclusiva del titular de la cuenta en la no cancelación de la hipoteca por no dar la orden oportuna.

Si en la escritura pública de compraventa de 20 de octubre de 1995 por la que el actor don Rafael A. B. adquirió de «Zoco Córdoba, SA» el local 7-27, se hizo constar que la hipoteca que gravaba el mismo se hallaba «materialmente cancelada», por cuanto previamente el 18 de septiembre, se había ingresado su precio, 16.382.006 pesetas, en la cuenta que dicha Entidad mantenía con «Caja (X)» la única responsable de que no se procediese a la cancelación de la hipoteca sería el titular de la cuenta, «Zoco Córdoba, SA», deudor hipotecario que no dio la orden para tal finalidad, incumpliendo así lo previamente estipulado con el adquirente del local¹⁷¹.

c”) Cláusula de interés variable inaplicable.

1. Alusión a un tipo de interés ya inexistente.

La cláusula relativa a interés variable de la escritura de préstamo hipotecario objeto de litigio era efectivamente clara en su redacción, y ningún problema se habría producido en su aplicación. Sin embargo, surge cuando

¹⁷⁰ SAP de Córdoba, de 1-10-1998 (Recurso de Apelación núm. 323/1997) (AC 1998\7565), F.D.6°.

¹⁷¹ SAP de Córdoba, de 1-10-1998 (Recurso de Apelación núm. 323/1997) (AC 1998\7565), F.D.7°.

«Banco (X), SA» no publica ni comunica al Banco de España «el tipo de interés preferencial para operaciones de crédito y préstamo a un año», lo que hace al amparo de la Circular 11/1988, de 11 julio. Si se tiene en cuenta que la escritura pública de préstamo hipotecario es de 31 de octubre de 1988 en el que regía ya la susodicha Circular 11/1988 del Banco de España, es fácil llegar a la conclusión de que la cláusula litigiosa era en sí misma inaplicable, por lo que es desestimable la infracción denunciada del art. 1281 CC. Por muy clara que fue su redacción gramatical, más claro era que aludía a un específico tipo de interés inexistente¹⁷².

2. Aplicación indebida de parámetros no contemplados en el contrato.

El motivo quinto (...) alude a un módulo de revisión (interés de préstamos hipotecarios) distinto del acordado (interés para créditos y préstamos a un año), siendo así -dice el motivo- que para cálculo de ambos intereses se siguen distintos procedimientos. El motivo se estima, pues efectivamente existe esa diferencia que la parte recurrente expone (...)¹⁷³.

3. Interpretación integradora judicial.

También es desestimable la hipotética infracción de art. 1283 CC en cuanto no se trata de interpretar términos «generales» de un contrato, sino de la inaplicación de un parámetro específico e inequívoco, y la del art. 1284 CC porque, repetimos, no se está ante un problema de interpretación sino de imposibilidad de aplicación de la cláusula pactada.

¹⁷² STS (Sala de lo Civil), de 26-11-1996 (Recurso de Casación núm. 142/1993) (RJ 1996\8581), F.D.3º.

¹⁷³ STS (Sala de lo Civil), de 26-11-1996 (Recurso de Casación núm. 142/1993) (RJ 1996\8581), F.D.4º.

Otra cosa distinta es que «Banco (X), SA» entienda que por «tipo de interés preferencial para operaciones de crédito y préstamo a un año» debe entenderse «tipos de referencia para operaciones de interés revisable con base en preferenciales», por haber desaparecido los tipos de «interés preferencial» en operaciones a un año durante la vigencia de la Circular 11/1988. Pero eso no pasa de ser un modo de suplir una cláusula que no debió «Banco (X), SA» incluir en la escritura de préstamo hipotecario porque entonces ya regía la Circular 11/1988. Por otra parte, los tipos preferenciales no se convirtieron «ex lege» en tipos referenciales, porque el Banco de España no obligaba a ello según su informe obrante en el ramo de pruebas (folio 129).

Así las cosas, las sentencias de instancia han realizado lo que denominan «interpretación integradora» para dar sentido a la cláusula litigiosa¹⁷⁴.

d”) Cláusula de resolución anticipada: constituye un pacto nulo, por ser contrario a las leyes.

La condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes (a los varios preceptos del Código Civil y a los arts. 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, a los que se opone frontalmente). Por tanto, da lugar a un pacto nulo, subsumible en el calor anatema del art. 6 del Código Civil: «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho...» (...).

El art. 127 de la Ley Hipotecaria claramente preconiza la necesaria perdurabilidad del crédito hipotecario en los contratos habituales, en los que no se pacta la condición resolutoria del crédito. Dice este precepto: «Si el comprador no quisiere la finca con la carga de la hipoteca que queda por satisfacer, se depositará su importe con los intereses que le correspondan para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes» (...).

¹⁷⁴ STS (Sala de lo Civil), de 26-11-1996 (Recurso de Casación núm. 142/1993) (RJ 1996\8581), F.D.3°.

Esta pertinacia del legislador hipotecario (congruente con el Código Civil, según el cual el plazo se entiende establecido en beneficio del acreedor y del deudor), que no hace ninguna concesión hacia la posibilidad de resolver prematuramente el préstamo, nos sugiere la convicción de que los pactos resolutorios devienen «contra legem» y están teñidos de nulidad.

Si se considera que cumplen una finalidad lícita debieran derogarse los preceptos del Código Civil que contradicen las anticipaciones resolutorias y los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria y los preceptos concordantes.

En bastantes casos la condición resolutoria visibiliza una actitud leonina y prepotente de las entidades financieras¹⁷⁵.

e”) Indivisibilidad de la totalidad de los préstamos concedidos por la entidad bancaria.

La indivisibilidad no puede entenderse en el sentido que pretende el recurrente, pues se diferencian dos supuestos, según que el deudor fuese la inicial prestataria o los sucesivos adquirentes. En ambos casos la deuda se consideraba única a los efectos del art. 1169 del Código Civil, en el sentido de que el acreedor no estaba obligado a recibir pagos parciales. Pero la diferencia entre uno y otro supuesto viene dada en que el primero se refería a la totalidad de los débitos vencidos derivados de los préstamos pendientes de pago; y el segundo hacía mención a la deuda correspondiente a cada vivienda. Pues bien, la entidad bancaria ha negado la subrogación de los actores en el préstamo que gravaba su vivienda, so pretexto de los débitos de la entidad prestataria al tiempo de su concertación; desconociendo lo dispuesto en el art. 221 del Reglamento Hipotecario (...).

La actuación de la Caja (X), aparte de indiscriminada y sin justificación alguna resultó lesiva para los intereses de los actores (...).

¹⁷⁵ STS (Sala de lo Civil), de 27-3-1999 (Recurso de Casación núm. 2806/1994) (RJ 1999\2371), F.D.5º.

*Por tanto, no puede oponerse la indivisibilidad de la totalidad de los préstamos, cuando permitiéndose la subrogación y conociéndose la adquisición por compraventa, aquélla sólo es aplicable al préstamo del que responde la vivienda*¹⁷⁶.

f") Mala práctica bancaria de la entidad de crédito, al oponerse a la revisión del tipo de interés a la baja, generalizada en el mercado crediticio.

*El comportamiento de la entidad de crédito recurrente constituye todo un ejemplo de pésima práctica bancaria o, dicho de otra forma, un antimodelo de práctica a seguir: pacta inicialmente un interés nominal anual del 18% pero previendo expresamente su revisión, a petición de cualquiera de las partes, «a fin de adaptarlo, tanto al alza como a la baja» a las modificaciones habidas en las condiciones de mercado o normativa de obligado cumplimiento; parece calcular que tales modificaciones le van a ser siempre favorables, es decir, al alza, y por eso pacta la aplicabilidad de la variación sin más que la comunicación del nuevo tipo de interés por ella misma a la parte prestataria, quien renuncia incluso a los plazos de espera establecidos en una circular del Banco de España; cuando el mercado crediticio evoluciona en un sentido opuesto al que la entidad parecía haber calculado y la prestataria la requiere hasta por tres veces para que cumpla lo convenido, guarda el más absoluto de los silencios*¹⁷⁷.

g") Malas prácticas bancarias constitutivas de incumplimiento contractual (indemnización de perjuicios): gastos realizados por el cliente para sustituir el

¹⁷⁶ SAP de Jaén (Sección 3ª.), de 7-12-2001 (Recurso de Apelación núm. 121/2001) (AC 2001\2354), F.D.2º.

¹⁷⁷ STS (Sala de lo Civil), de 11-2-2005 (Recurso de Casación núm. 3639/1998) (RJ 2005\1665), F.D.3º.

préstamo por otro concertado con otro banco, y devolución de lo cobrado por comisión de cancelación anticipada.

El demandante en el juicio de cognición tramitado en la instancia era cliente de la entidad bancaria demandada, con quien tenía concertado un préstamo hipotecario por escritura pública de 18 de enero de 1993. Según consta acreditado por informe del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, el banco «no se ha atendido a los buenos usos y prácticas bancarias al: a) no hacer coincidir los vencimientos de las cuotas mensuales con los pactados en el escrito de rectificación de julio de 1994, no poniéndolo en práctica hasta diciembre de 1996 tras las reclamaciones del interesado, al que le producen continuos quebrantos al adeudarle, por adelantado, cifras para las que no tenía provisión de fondos; b) no calcular correctamente la TAE, lo que produce una indudable desorientación en su cliente; c) no facilitar a su cliente las informaciones precisas para que pueda seguir adecuadamente la marcha de su préstamo»¹⁷⁸.

Esta desatención de los buenos usos y prácticas bancarias –a la que habría de añadirse el cobro excesivo de determinada comisión para la que el cliente hubo de acudir a otro procedimiento judicial resuelto a su favor en sentencia firme– constituye inequívocamente un incumplimiento contractual prevenido en el art. 1101 y concordantes CC, quedando el banco sujeto a la indemnización de los daños y perjuicios causados. También es indudable que la retrocesión de los intereses de demora cargados en virtud de los descubiertos derivados de lo consignado en el anterior apartado a), aunque se hayan añadido sus correspondientes intereses, sólo puede estimarse reparación parcial de tales perjuicios (...). Y con estos presupuestos, debe considerarse equitativa y conforme a Derecho, en especial a las facultades moderadoras a que se refiere el art. 1103 CC, la decisión del Juzgado de hacer equivalente dicha reparación al mínimo de los costes que supuso para el cliente su decisión de cancelar el

¹⁷⁸ SAP de Alicante (Sección 4ª.), de 4-2-2000 (Recurso de Apelación núm. 452/1999) (AC 2000\5186), F.D.1º.

préstamo y sustituirlo por otro concertado con distinta entidad bancaria, cifrándolos exclusivamente en las cantidades acreditadas como gastos de Notaría y Registro, y rechazando las reclamaciones adicionales que formulaba en su demanda. A ello ha de añadirse, con toda lógica, la devolución de lo percibido por el banco en concepto de comisión por cancelación anticipada del préstamo, pues, por más que estuviere pactada, su cobro no está justificado en estas circunstancias de incumplimiento imputable al perceptor¹⁷⁹.

h") Seguro colectivo de vida, para la amortización de préstamo: aceptación tácita del mandato por el banco (incumplimiento negligente).

Aunque la sentencia recurrida califique la relación entre los litigantes como de mandato tácito, una detenida lectura de toda ella en su conjunto bien permite afirmar, a partir de sus hechos probados, que el mandato, desde la perspectiva del art. 1710 CC, fue en realidad expreso, aunque verbal, y que lo tácito fue su aceptación por el mandatario mediante actos tan concluyentes como gestionar totalmente la concertación del seguro. En definitiva, el problema no es aquí el tan frecuentemente examinado por la jurisprudencia de esta Sala sobre si el mandante, faltando mandato expreso en el sentido del art. 1710 II CC, puede o no quedar vinculado por el contrato que en su nombre celebre el mandatario, sino si la gestión de la concertación del seguro, obligatorio para los deudores hipotecarios frente al Banco prestamista, fue o no totalmente asumida en este caso por el propio Banco.

La alternativa que se propone en el motivo (mandato tácito solamente de la esposa prestataria) es absolutamente incoherente con su planteamiento general, porque si el interés del Banco recurrente en el seguro era reforzar la garantía hipotecaria de su crédito, no se comprende por qué asumió el encargo solamente respecto de la esposa, que era ama de casa según los hechos

¹⁷⁹ SAP de Alicante (Sección 4ª.), de 4-2-2000 (Recurso de Apelación núm. 452/1999) (AC 2000\5186), F.D.2º.

*probados, y no respecto del esposo, luego accidentado cuando contaba cuarenta años de edad*¹⁸⁰.

i") Seguro de préstamo, en garantía del pago de la cantidad pendiente de amortización del préstamo hipotecario concertado.

En el presente caso, la contratación de la póliza de seguro no fue impuesta por la entidad bancaria en el momento de suscribir el préstamo hipotecario, entre otras razones, por no ser obligatoria, sin perjuicio de que sea más o menos costumbre en los usos bancarios el ofrecimiento de dicho producto. Así se desprende objetivamente por las propias fechas de suscripción de los contratos (...). Por consiguiente, con independencia de quien partiera la iniciativa de contratar el seguro, éste no fue impuesto por la Caja siendo el actor quien de forma libre y voluntaria decidió concertar la póliza litigiosa.

*Por otra parte, ha quedado igualmente acreditado documentalmente que el recurrente al suscribir el seguro y contestar a las preguntas que se le formularon en el cuestionario sobre su estado de salud, siendo irrelevante quien lo rellenara, faltó a la verdad al afirmar que se encontraba en perfecto estado de salud y que tenía plena capacidad para trabajar*¹⁸¹.

j") Semejanza entre los préstamos hipotecarios.

Si se tiene en cuenta la tendencia doctrinal y de la práctica bancaria a la admisión, bien de contratos consensuales de préstamo en los que la entrega no se contempla por las partes como requisito constitutivo sino como mera ejecución de un contrato ya perfeccionado, bien -al menos- la posibilidad de

¹⁸⁰ STS (Sala de lo Civil), de 30-11-2001 (Recurso de Casación núm. 2362/1996) (RJ 2002\9693), F.D.2º.

¹⁸¹ SAP de Alicante (Sección 7ª.), de 29-4-2003 (Recurso núm. 905/2002) (JUR 2003\124322), F.D.1º.

espiritualización de la entrega mediante formas ficticias de la misma, debe reconocerse la aproximación entre dichos préstamos y el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, máxime si se tiene en presente que participan de la misma causa negocial y que una vez que el acreditado haya dispuesto del crédito el régimen del contrato es análogo al de préstamo.

La similitud entre ambos tipos contractuales se acentúa en los casos en que las disposiciones del crédito se deban realizar en ciertas fechas preestablecidas y además los fondos hayan de ser destinados a la adquisición de la vivienda que se hipoteca. Aunque la disponibilidad en favor del acreditado es elemento esencial del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, también puede ocurrir, como en los casos mencionados, que dicha operación conduzca a la entrega de dinero al acreditado-o a un tercero, vgr. el vendedor de la vivienda-, de modo que la disposición efectiva -que, en principio, es sólo elemento eventual del contrato- es contemplada por las partes como efecto primordial¹⁸².

ll') Reclamación de intereses moratorios.

a") Pago aplazado.

Se alegó por el apelante, entre los factores no tenidos en cuenta, en su opinión, para una más acertada decisión sobre el caso, que en la póliza se pactaron 60 plazos iguales mensuales, comprensivos de principal e intereses, sin distinción, como obligaciones o deudas autónomas, careciendo el deudor de libertad para pagar al vencimiento de una sola vez. Pero lo cierto es que así lo pactaron las partes y esto no altera la unidad de la obligación a plazos. El art. 1127 del Código Civil presume que el plazo es en beneficio de ambas partes (y no sólo para la Caja de Ahorros; lo que no puede pretenderse es que ésta no cobre intereses por los aplazamientos o que no pueda sacar de ello un

¹⁸² Resolución DGRN, de 27-10-1994 (RJ 1994\10729), F.D.5º.

beneficio, pues esto es consustancial a las entidades crediticias y financieras). Y nada impedía al apelante anticipar en cualquier tiempo la amortización total o parcial del préstamo con la correspondiente reducción de intereses, como así se incluyó en la cláusula 2ª. del contrato. Además, en las circunstancias del presente caso, la reclamación no es por resolución anticipada, y tampoco estaba saldada la deuda a su vencimiento, pudiendo haberla pagado en ese momento (lógicamente con sus intereses remuneratorios y moratorios)¹⁸³.

b") Ejercicio tardío de la reclamación: no cabe considerar práctica bancaria abusiva y contraria a la buena fe contractual.

Sobre la cuestión de si se trata de una práctica bancaria abusiva y contraria al principio de buena fe contractual, en relación al ejercicio tardío de la reclamación para lograr acumular mayores rendimientos por los elevados tipos de los intereses moratorios, no podemos aceptarla. Como decíamos para un caso análogo en nuestra sentencia de 17-2-2000:

«1).—Es evidente que el Juzgado no basa su decisión en prescripción extintiva alguna, pues (...) tampoco se darían los requisitos al tener los intereses moratorios en estos casos un plazo de quince años. El acreedor puede resolver el contrato y ejercitar su acción judicial en el momento que quiera mientras la acción no esté prescrita o, en su caso, caducada, y no exista norma específica que lo impida.

2).—Es cierto que el plazo pactado se presume en beneficio de ambas partes (art. 1127 del Código Civil), pero también lo es que, según lo pactado y lo que resulta del art. 1124 del Código Civil, el incumplimiento reiterado de otras cuotas a su vencimiento es causa de resolución anticipada del contrato a instancia del acreedor, con pérdida del resto aplazado. Es más, en el presente

¹⁸³ SAP de La Coruña (Sección 4ª.), de 5-2-2001 (Recurso de Apelación núm. 1226/2000) (AC 2001\441), F.D.3º.

caso la resolución ni siquiera es anticipada sino bastante posterior al vencimiento final o del último pago.

3)–A partir de este último momento se liquidan sólo intereses moratorios hasta el cierre de la cuenta, bien que capitalizadamente al amparo de lo pactado en el contrato al respecto y del art. 317 del Código de Comercio (sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 319).

4)–De conformidad con lo dispuesto en los arts. 63-1º, 316 del Código de Comercio, 1100 y 1108 del Código Civil y lo expresamente pactado en el contrato, las cuantías adeudadas a sus vencimientos devengan los intereses moratorios pactados sin necesidad de intimación o requerimiento previo».

En definitiva, el apelante se queja de abuso, injusticia y mala fe, pero lo cierto es que él no ha pagado desde antes del vencimiento del contrato durante todos estos años, y no resulta jurídicamente eximido del pago (salvo en aquella parte en que no se estima la demanda)¹⁸⁴.

m') Usura.

a") Doctrina jurisprudencial general.

1. Configuración del préstamo como usurario.

1.1. Arbitrio del Juez.

Para la configuración de un préstamo como usurario a los fines de su integración en las consecuencias de nulidad de la Ley 23 julio 1908 (art. 1º.) es

¹⁸⁴ SAP de La Coruña (Sección 4ª.), de 5-2-2001 (Recurso de Apelación núm. 1226/2000) (AC 2001\441), F.D.4º.

preciso examinar la finalidad contractual determinando los elementos que forman su contenido [Sentencia de 5 julio 1982 (RJ 1982\4215)]. Determina dicha Ley que será nulo, con nulidad radical, todo contrato de préstamo en el que se estipule un interés «notablemente superior al normal del dinero» - primera argumentación del recurso formulado por los actores-; pues bien, cuestión previa a la formulación del motivo es la de ver si el interés pactado es o no excesivo al ser admitido por el recurrente el del 17,5 por 100. De la prueba articulada se deduce, en primer lugar que, de acuerdo con la O.M. 12 diciembre 1988, la Ley 29 julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito «los tipos de interés ... serán los que libremente se pacten» (oficio de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, folio 113), prescripción que repite la ya consignada en la Orden 17 enero 1981 (...). Este interés, como apunta la sentencia recurrida, no tiene relación con la Tasa Anual de Equivalencia -TAE-, que viene conformada por las comisiones, apertura y gastos de estudio e información, lo que hace que, dado el corto plazo de amortización pactado eleve la suma del interés básico a dicha cantidad. En consecuencia, no puede tildarse de «notablemente superior» ni abusivo el interés pactado, cuando la actual práctica mercantil no estima exagerado, incluso un 19,5 por 100 [Sentencias de 18 febrero 1991 (RJ 1991\1449)] y a la vista de lo que dispone el art. 2 de la Ley Especial se concede al Juez un gran arbitrio -no arbitrariedad- para determinar si existió o no usura [Sentencia de 27 diciembre 1916, 11 febrero 1921 y 11 marzo 1966 (RJ 1966\2611)] trascendiendo incluso los límites que para la apreciación de la prueba estatuye la Ley Procesal [Sentencia de 30 enero 1984 (RJ 1984\392)]¹⁸⁵.

1.2. Atención al momento o realidad social de su perfección.

¹⁸⁵ SAP de Cuenca, de 14-1-1994 (Rollo de Apelación núm. 239/1993) (AC 1994\1669), F.D.2º.

«Para calificar de usurario el préstamo o contrato ha de atenderse al momento o realidad social de su perfección, por ser el del otorgamiento del consentimiento y para estimar si estaba o no viciado, y no cuando se pretende que el contrato tenga efectividad [SSTS de 29-9-1992 (RJ 1992\7330), 7-3-1998 (RJ 1998\1267) y las que en ellas se citan]; y asimismo, atender no sólo al tipo concreto del interés pactado sino también a las circunstancias concurrentes al tiempo de su suscripción [SSTS de 8-11-1994 (RJ 1994\8477), 19-5-1995 (RJ 1995\4083), entre otras]»¹⁸⁶.

2. Clases de préstamos usurarios.

Recordemos lo que dijimos sobre una cuestión análoga en nuestra sentencia de 21-7-2000, para responder de modo más completo a lo que ahora se plantea:

«a)–La Ley Azcarate contra la Usura de 23-7-1908 refiere tres clases de préstamos usurarios (art. 1º. y STS de 21-10-1911): los de interés superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; los “leoninos”, aceptados por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; y en los que se suponga recibida mayor cantidad que la realmente entregada. Salvo un intermedio jurisprudencial en que se exigió la concurrencia conjunta de las circunstancias de todos esos casos [SSTS de 4-1-1913, 26-6 y 27-12-1916, 8-6-1927, 20-3-1931 (RJ 1930\1980), 13-10-1934 (RJ 1934\1461), 10-6-1940 (RJ 1940\518), etc.], el Alto Tribunal ha reiterado que basta cualquiera de los casos o circunstancias indicadas para la calificación usuraria del contrato [SSTS de 24-3-1942 (RJ 1942\332), 18-6 (RJ 1945\950) y 17-12-1945 (RJ 1945\1421), 19-10-1948 (RJ 1948\1257), 5-11-1955 (RJ 1955\3101), 23-9 (RJ

¹⁸⁶ SAP de La Coruña (Sección 4ª.), de 5-2-2001 (Recurso de Apelación núm. 1226/2000) (AC 2001\441), F.D.5º. Reproduce la Sentencia de 21-7-2000, dictada por el mismo órgano de apelación, sobre una cuestión análoga.

1958\2832) y 13-12-1958 (RJ 1958\4048), etc.]. La cuestión, en nuestro pleito, se centraría en el primer caso»¹⁸⁷.

b") *Intereses usurarios.*

1. Aplicación establecida dentro de los límites permisibles de la práctica bancaria: inexistencia de situación angustiosa en el prestatario.

El segundo de los motivos alegados por los recurrentes, con base en la segunda causa que la obsoleta, pero no derogada, Ley 23 julio 1908 (art. 1º.), establece -situación de angustia en el prestatario- debe correr igual suerte desestimatoria. Es evidente que la consecuencia natural de encontrarse inmerso en reclamaciones por préstamos impagados genera una situación de angustia y, a veces, disminución de la voluntariedad del que contrata y más aún cuando se trata de un complejo contractual muchas veces confuso. Pero pretender extraer de lo actuado dicha situación límite va en contra de lo probado en autos; tanto los testigos, como la muy cualificada declaración del Corredor de Comercio que intervino la póliza no dejan lugar a dudas acerca de que, sí existió una «preocupación» en los contratantes, hasta tal punto que el fedatario mercantil afirma que «de haber notado algo extraño no hubiera intervenido la póliza», pero nunca apreciaron la existencia de «angustia» en la contratación; normal es el nerviosismo y preocupación en una situación de impago y demora en la satisfacción de un crédito, pero eso no significa que la conducta de quien suscribe un préstamo pueda incardinarse en los vicios que señala el art. 1265 del Código Civil¹⁸⁸.

¹⁸⁷ SAP de La Coruña (Sección 4ª.), de 5-2-2001 (Recurso de Apelación núm. 1226/2000) (AC 2001\441), F.D.5º.

¹⁸⁸ SAP de Cuenca, de 14-1-1994 (Rollo de Apelación núm. 239/1993) (AC 1994\1669), F.D.4º.

2. Límites de la legitimidad de los intereses moratorios.

«En otras ocasiones [SAP –4ª– Coruña de 24-7-1998 y 5-3-1999 (AC 1999\571), entre otras] hemos sostenido que el apartado 29 de la nueva Disposición Adicional Primera de la Ley General de defensa de Consumidores y Usurarios (redacción según la Ley 7/1998, de 13-4, al considerar abusivas las cláusulas de imposición de condiciones de crédito para descubiertos en cuenta corriente que superen los límites del art. 19.4 de la Ley 7/1995, de 23-3, de Crédito al Consumo (tasa anual equivalente a 2,5 veces el interés legal del dinero), estaría admitiendo, lo mismo que la última Ley citada, la legitimidad de intereses moratorios incluso superiores en préstamos u otras operaciones bancarias (sin excluir, lógicamente, las posibles situaciones abusivas según cláusulas y casos concretos), y, en todo caso, nos estaría dando una referencia legal útil a efectos prácticos según que los tipos superasen o no, en más o en menos, a esas 2,5 veces»¹⁸⁹.

3. Límite razonable del interés pactado.

El motivo se desestima por no compartir esta Sala en modo alguno los criterios de la entidad recurrente en cuanto al carácter de sus operaciones de préstamo. Ciertamente es que la calificación de los intereses a efectos de la usura en sentido legal no puede hacerse por el tanto por ciento de devengo sobre el principal, sino que depende de las circunstancias en que se desenvuelva el mercado monetario. De ahí que un tipo de interés que en una época es muy alto, en otra se entienda que es normal. Pero la sentencia recurrida ha prestado atención a ello; no sólo ha tenido presente el tipo acordado, sino el básico del Banco de España y el de obtención de créditos en el mercado hipotecario (folio 228). Siendo éstos del 10% y entre el 14 y 16% anual, respectivamente, es de

¹⁸⁹ SAP de La Coruña (Sección 4ª.), de 5-2-2001 (Recurso de Apelación núm. 1226/2000) (AC 2001\441), F.D.5º. Texto que repite el de la Sentencia de 21-7-2000, dada por el mismo órgano de apelación, en un caso análogo.

*una claridad meridiana que el interés pactado en un préstamo con garantía hipotecaria del 29% anual excede con mucho de cualquier límite razonable. El criterio de interés normal del dinero lo marca el mercado, en una situación de libertad en su estipulación*¹⁹⁰.

4. Obligaciones accesorias: intereses de demora y cláusulas de penalización.

*La sentencia recurrida también destaca que en el préstamo litigioso se pactó un interés de demora del 30% sobre el principal e intereses, y además una cláusula de penalización del 10% sobre el importe adeudado. Aunque parezca inverosímil, en el motivo en examen se defiende la legalidad y licitud de tales estipulaciones, toda vez que la práctica bancaria aplica intereses de demora muy altos, y que los arts. 1108, 1109 y 1152 del Código Civil permiten los pactos en cuestión. En realidad, la sentencia recurrida había declarado usurario el interés remuneratorio pactado (29% anual), luego es de suyo que las obligaciones accesorias previstas para el impago caen por su base desde el momento en que la obligación principal se anula, no había necesidad de resaltar ningún otro carácter del préstamo, aunque ha de advertirse que por el hecho de que los pactos sobre intereses de demora, anatocismo y cláusula penal sean permitidos por el Código Civil no escapan a la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908, que se refiere en el art. 1 a la estipulación de un interés, sin distinguir su clase o naturaleza*¹⁹¹.

5. Interés de demora por impago.

¹⁹⁰ STS (Sala de lo Civil), de 7-5-2002 (Recurso de Casación núm. 3708/1996) (RJ 2002\4046), F.D.1º.

¹⁹¹ STS (Sala de lo Civil), de 7-5-2002 (Recurso de Casación núm. 3708/1996) (RJ 2002\4046), F.D.1º.

«El interés de demora por impago tiene carácter de indemnización de perjuicios (arts. 1101 y 1108 del Código Civil)»¹⁹².

c”) Préstamo que no cabe calificar como usurario.

1. Conformidad con los intereses pactados.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 10-5-2000 (RJ 2000\3407) no se consideró usurario un interés al tipo del 19 por 100 anual por préstamo, apoyándose en las sentencias de 10-12-1992 (RJ 1992\10135) (20 por 100), 6-11-1992 (RJ 1992\9228) (22 por 100), 22-9-1992 (18 por 100) y 18-2-1991 (RJ 1991\1449) (19,50 por 100, contrato de crédito y afianzamiento de 1982).

En la póliza litigiosa los intereses remuneratorios se pactaron al 16,50 por 100 anual, por meses vencidos, y los moratorios incrementados en 4 puntos (...). Por su parte, el interés básico del Banco de España pasó a coincidir con el interés legal del dinero, en virtud del art. 68 de la Ley 66/1997, de 30-12, con efecto a partir del 1-1-1998 (D.F. 7ª).

Por todo lo dicho hasta aquí, y no obstante la sensible bajada de los tres últimos años, no puede calificarse de usurario el contrato, máxime cuando su cláusula 3ª. contempla la modificación al alza o a la baja de los intereses pactados, según variaciones del tipo del interés básico del Banco de España¹⁹³.

2. Normalidad del interés remuneratorio anual.

¹⁹² SAP de La Coruña (Sección 4ª.), de 5-2-2001 (Recurso de Apelación núm. 1226/2000) (AC 2001\441), F.D.5º. Reproduce la Sentencia de 21-7-2000, dada por la misma Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 4ª.), sobre un caso semejante.

¹⁹³ SAP de La Coruña (Sección 4ª.), de 5-2-2001 (Recurso de Apelación núm. 1226/2000) (AC 2001\441), F.D.5º.

En cuanto a la alegación, también reiterada en la vista, de los apelados de tachar a los intereses debidos de abusivos o usurarios, la Ley Azcarate de represión de la usura de 1.909, en su art. 1º. proscribire los intereses por usurarios en aquellos casos en que sean desproporcionados atendiendo a las circunstancias del caso o hayan sido pactados con clara situación de beneficio para entidad prestamista aprovechándose de la inexperiencia o situación angustiosa del prestatario, lo que en el presente caso no sucede. No cabe apreciar tales circunstancias en el caso de autos, en que los intereses pactados habría que reputarlos normales en la práctica bancaria, sin perjuicio de que en la actual coyuntura económica sean sensiblemente más bajos, pero siempre sometidos a la tensión y fluctuaciones de la evolución del mercado¹⁹⁴.

c) Contrato (de apertura) de crédito.

a') Contrato de adhesión: contrato que no es abusivo, contrario a la moral o el orden público.

Por el principio de libertad de pacto del artículo 1255 del Código Civil, el contrato suscrito por demandante y demandado no puede considerarse abusivo o contrario a la moral o el orden público, al haber sido entendido y comprendido en todas sus cláusulas por los ejecutados quienes, incluso, llegaron a solicitar una ampliación de la póliza en las mismas condiciones que la primeramente suscrita. De aquí que, sin más, el contrato suscrito, aun siendo de adhesión, no puede generar su nulidad con la simple invocación de que se es consumidor o usuario pues «la contratación por adhesión no es, por sí misma, una fuente automática de nulidades» [Sentencias de Tribunal Supremo de 31

¹⁹⁴ SAP de La Coruña (Sección 1ª), de 4-5-2000 (Recurso de Apelación núm. 2877/1999) (JUR 2001\1095), F.D.5º.

mayo 1991 (RJ 1991\3955) y 29 junio 1995 (RJ 1995\5270), y de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 octubre 1996 (AC 1996\2534)]¹⁹⁵.

b') *Crédito para adquisición de acciones.*

a") *Asunción por los recurrentes del riesgo de que las acciones bajaran en su cotización.*

*La notoriedad de los hechos alegados nunca eliminaría que mediante las operaciones concertadas en su momento con el Banco los recurrentes asumían necesariamente, por la propia índole de aquéllas, el riesgo de que las acciones bajaran en su cotización en lugar de subir*¹⁹⁶.

b") *Inexistencia de dolo o error.*

*El motivo noveno, fundado en infracción de los arts. 1265 y 1269 CC, y el décimo, fundado en infracción de los arts. 1265 y 1266 CC, tienen igualmente sus correlativos en el recurso núm. 647/1997 (RJ 2002\8489) y, como los de este último, han de ser desestimados por no haber formulado los recurrentes en su momento pretensión formal alguna en orden a la nulidad contractual por vicios de la voluntad mediante la oportuna reconvención, no dar por probados la sentencia impugnada los presupuestos fácticos del dolo ni del error*¹⁹⁷.

c") *Prueba: omisión de extracto de cuenta.*

¹⁹⁵ SAP de Cuenca, de 15-5-1998 (Rollo de Apelación núm. 305/1997) (AC 1998\5498), F.D.1°.

¹⁹⁶ STS (Sala de lo Civil), de 20-12-2002 (Recurso de Casación núm. 1457/1997) (RJ 2003\224), F.D.5°.

¹⁹⁷ STS (Sala de lo Civil), de 20-12-2002 (Recurso de Casación núm. 1457/1997) (RJ 2003\224), F.D.7°.

De otro lado, como se razona en el fundamento jurídico tercero de la sentencia de esta Sala de 30 de septiembre último para desestimar un motivo igualmente fundado en infracción del art. 1214 CC, de las omisiones del extracto de cuenta aportado por el Banco no puede deducirse que el importe de las acciones adquiridas por el recurrente no hubiera sido satisfecho con cargo al crédito que le fue concedido, sino que simplemente ponen de relieve una sin duda incorrecta práctica bancaria¹⁹⁸.

d”) Pretensión de nulidad de la compraventa de acciones, en base a la situación patrimonial de la sociedad.

Como se declaró en las sentencias de esta Sala de 28 de mayo (RJ 2001\3436) y de 2 de noviembre de 2001 (RJ 2002\229), recaídas en recurso que traían causa de reclamaciones similares a la presente, la pretensión de considerar nula toda compraventa de acciones cuya cotización no se correspondiera en el momento de la operación con la verdadera situación patrimonial de la sociedad, resultaría incompatible con el funcionamiento del mercado de valores y produciría situaciones caóticas en forma de sucesivas nulidades retroactivas de las operaciones bursátiles cada vez que una compañía entrara en crisis¹⁹⁹.

c’) Culpa extracontractual: concurrencia con culpa contractual (unidad de la culpa civil).

La Sala entiende que debe reconocerse como aplicable el principio inspirador de la jurisprudencia acerca de la llamada «unidad de la culpa civil»

¹⁹⁸ STS (Sala de lo Civil), de 20-12-2002 (Recurso de Casación núm. 1457/1997) (RJ 2003\224), F.D.4º.

¹⁹⁹ STS (Sala de lo Civil), de 30-9-2002 (Recurso de Casación núm. 647/1997) (RJ 2002\8489), F.D.5º.

que son los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originados en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual, señala como doctrina comunmente admitida que el perjudicado pueda optar entre una y otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro, junto con los límites estrictos a que se ciñe la responsabilidad aquiliana, pues como dicen las SSTs de 19-6-1984 (RJ 1984\3250) y 2-1-1990 (RJ 1990\30), puede darse la consecuencia de ambas clases de responsabilidad en yuxtaposición²⁰⁰.

d') Cuenta corriente de crédito: doctrina jurisprudencial general.

a") Concepto.

El contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, que carece de una regulación expresa en nuestro ordenamiento, podría definirse como aquel negocio jurídico bilateral por el cual el comerciante o entidad mercantil se obliga a tener a disposición de la otra parte una determinada suma de dinero, ya en numerario en efectivo, ya en efectos mercantiles o pago de deuda, haciéndose constar en la cuenta corriente del beneficiario la cantidad por la que se concede el crédito y la cantidad o cantidades de que vaya disponiendo la persona a quienes el crédito se concede, poniendo así el «servicio de caja» en favor del cliente, que abarca tanto los pagos como los cobros por cuenta de éste, del que puede surgir, en un momento determinado, un saldo exigible²⁰¹.

²⁰⁰ SAP de Córdoba (Sección 2ª.), de 14-2-2000 (Recurso de Apelación núm. 349/1999) (AC 2000\2684), F.D.3º.

²⁰¹ SAP de Córdoba, de 3-12-1994 (Rollo de Apelación núm. 281/1994) (AC 1994\2160), F.D.2º.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1969 (RJ 1969\1137), 12 de junio de 1976 (RJ 1976\2750) y 27 de junio de 1989 (RJ 1989\4787), definen (el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente) como aquel contrato por el cual el Banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner en disposición de éste, y a medida de sus requerimientos (múltiples y sucesivos o único), sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente (...); y, por su parte, el acreditado asume la obligación de devolver el principal dispuesto, con las comisiones e intereses pactados²⁰².

b") Características.

(El contrato de apertura de crédito en cuenta corriente) se trata de un contrato consensual, bilateral, principal y atípico, sin requisito especial de forma aun cuando habitualmente, a fin de disponer de un título que facilite su ejecución en caso de incumplimiento de sus obligaciones de reintegro por el acreditado, se otorgue por escrito en póliza de crédito o escritura pública con intervención de fedatario público²⁰³.

c") Contenido obligacional.

Esa disposición de fondos, que consiste en la posibilidad dada al acreditado de disponer del patrimonio del acreditantes hasta la concurrencia de una suma determinada, se concreta en una serie de prestaciones a que viene obligado la entidad crediticia, prestaciones que pueden consistir en entrega en efectivo de cantidades, pago de cheques girados por el acreditado, descuentos

²⁰² SAP de Madrid (Sección 11ª.), de 3-3-2000 (Recurso de Apelación núm. 341/1998) (AC 2000\1324), F.D.2º.

²⁰³ SAP de Madrid (Sección 11ª.), de 3-3-2000 (Recurso de Apelación núm. 341/1998) (AC 2000\1324), F.D.2º.

*de letras de cambio que el acreditado presente como tenedor, etc. En el «Debe» de la cuenta aperturada del acreditado se anotarán las cantidades de que haya ido disponiendo así como el importe de comisiones e intereses, y en el «Haber» se anotarán los reembolsos de capital que efectúe el acreditado*²⁰⁴.

*El Banco queda comprometido a seguir las órdenes del acreditado respecto a la disposición de fondos prevista dentro del período de tiempo y límite cuantitativo convenido, mediante el libramiento de cheques contra la cuenta, disposición en efectivo, órdenes de transferencia o cualquier otro modo admitido por los usos bancarios, y, por su parte, el acreditado asume la obligación de devolver el principal dispuesto, con las comisiones e intereses pactados*²⁰⁵.

d”) Contrato de apertura de crédito en cuenta corriente en BANESTO para la suscripción de acciones del banco acreedor (reclamación del crédito vencido).

1. Inexistencia de vicios del consentimiento, pese al especial interés del banco en promocionar la compra (bajo interés e inexigencia de garantías, salvo la expresa prohibición de venta de las acciones) y la posterior intervención del banco por el Banco de España.

Debemos señalar que no se aprecia que la misma (sentencia) haya incurrido en error al atender para la resolución de pleito, a la póliza que ambas partes en litigio suscribieron en fecha 28 de febrero de 1989 considerándola en sus justos y concretos términos, esto es como un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente con la finalidad de adquirir acciones

²⁰⁴ SAP de Córdoba, de 3-12-1994 (Rollo de Apelación núm. 281/1994) (AC 1994\2160), F.D.2°.

²⁰⁵ SAP de Madrid (Sección 11ª.), de 3-3-2000 (Recurso de Apelación núm. 341/1998) (AC 2000\1324), F.D.2°.

*del banco acreedor, sin que tal naturaleza quede desvirtuada por el hecho de que fuese una política del referido banco el ofrecer la financiación de adquisición de acciones a empleados y a determinados clientes mediante la concesión de créditos en condiciones ventajosas, o lo que es igual de los llamados créditos blandos (...). La limitación temporal de enajenación de las acciones adquiridas, voluntariamente asumida por el apelante, no consta que se viera forzado a ello, no puede acarrear tales consecuencias, cuando lo cierto es que nada le impidió el ejercicio de los derechos políticos dimanantes de las acciones adquiridas, aplicándose los económicos, esto es el importe de los dividendos, mediante abono en la cuenta correspondiente al crédito, al pago de los intereses del mismo (...)*²⁰⁶.

*La póliza suscrita vencía el 28 de febrero de 1993 y en tal fecha el banco demandado no había sido intervenido por el Banco de España, por lo que no hay desproporción en las prestaciones si tenemos en cuenta que el crédito concedido y la compra de las acciones no integran el mismo contrato, aun cuando el motivo, que no la causa, del primero fuera la adquisición de éstas, acarreando el contrato de adquisición de acciones en bolsa un negocio eminentemente especulativo y sujeto por ello a previsibles fluctuaciones tanto al alza como a la baja, razón por la que no concurren en él los presupuestos que la jurisprudencia establece para la extraordinaria aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus»*²⁰⁷.

2. Inaplicación de la prohibición del art. 81.1 LSA/1989: negocio jurídico celebrado en todo caso con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley.

El art. 47 de la LSA de 1951, vigente a la firma del contrato, no prohíbe la venta de acciones de autocartera a terceros, siendo lo cierto que la prohibición

²⁰⁶ SAP de Madrid (Sección 11ª), de 6-6-2000 (Recurso de Apelación núm. 1071/1998) (AC 2000\1844), F.D.2º.

²⁰⁷ SAP de Madrid (Sección 11ª), de 6-6-2000 (Recurso de Apelación núm. 1071/1998) (AC 2000\1844), F.D.6º.

del artículo 81 de la LSA vigente en la actualidad, excluye en su número 3 la aplicación de su número primero a las operaciones efectuadas por bancos u otras entidades de crédito en el ámbito de las operaciones ordinarias propias de su objeto social que se sufraguen con cargo a bienes libres de la sociedad, precepto que resulta inaplicable si se tiene en cuenta que el negocio jurídico cuestionado se celebró casi un año antes de la entrada en vigor de dicha Ley (1 de enero de 1990), sin que pueda invocarse con éxito la Segunda Directriz de sociedades, de 13 de diciembre de 1976 (77/1991/CEE), pues su artículo 23, recogido en el Anteproyecto de julio de 1986, también excluye las operaciones realizadas en el ámbito de las actividades ordinarias de los bancos y otros establecimientos financieros, así como las operaciones realizadas con el fin de adquirir por y para el personal de la sociedad²⁰⁸.

e”) Diferencias con el contrato de cuenta corriente.

Esa movilidad de extracciones y reintegros derivada de esa situación de cuenta corriente, (no puede) confundirse con el contrato de cuenta corriente porque, como enseña la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 noviembre 1984 (RJ 1984\5372), en la apertura de crédito de cuenta corriente no hay una mutua concesión de crédito por ser únicamente el banco quien otorga el crédito al cliente. Con todo y con eso, ello no impide que en la práctica bancaria, en el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, se permita un excedido, de manera que el acreditado llegue a ser deudor de una cantidad superior a la del límite convenido, lo cual ha generado controversia en la doctrina y en la jurisprudencia, pues la determinación de la suma hasta la cual el acreditado tiene la facultad de disponer, es una de las notas características del contrato de apertura de crédito²⁰⁹.

²⁰⁸ SAP de Madrid (Sección 11ª.), de 6-6-2000 (Recurso de Apelación núm. 1071/1998) (AC 2000\1844), F.D.3º.

²⁰⁹ SAP de Córdoba, de 3-12-1994 (Rollo de Apelación núm. 281/1994) (AC 1994\2160), F.D.2º.

f") *Elementos esenciales.*

1. *Vicios del consentimiento.*

Debemos considerar igualmente, que además de la inexistencia del contrato por falta de alguno de los elementos esenciales, que son los que enumera el artículo 1261 del Código Civil y de su nulidad radical y absoluta, que se produce cuando, pese a concurrir los precitados elementos esenciales, el contrato viola un mandato o prohibición legal cuya vulneración se ve sancionada con la ineficacia por no preverse un efecto distinto para el caso de contravención según el artículo 6-3 del Código Civil, se dan otros casos de anulabilidad o nulidad relativa que surgen cuando concurriendo también los requisitos del artículo 1261 adolecen los contratos de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley, como son los del consentimiento en la formación de la voluntad, los que afectan a la capacidad de obrar de alguno de los contratantes o la falsedad de la causa, que son a los que se refieren los artículos 1300 al 1309 del mismo Código Civil²¹⁰.

2. *Ausencia de error en el consentimiento.*

Se hace radicar la actuación insidiosa de la entidad demandante determinante del error insalvable en la prestación del consentimiento, en que consciente y deliberadamente aparentó una imagen propia de estabilidad para encubrir su real situación patrimonial (...). Y así, como ya ha tenido ocasión de declarar esta Audiencia Provincial, en torno a créditos concertados con la misma finalidad y presupuestos similares, «quien adquiere valores en bolsa asume un riesgo de pérdida o de ganancia, riesgo conocido por todos, sin que

²¹⁰ SAP de Madrid (Sección 11ª.), de 3-3-2000 (Recurso de Apelación núm. 341/1998) (AC 2000\1324), F.D.2º.

la variación de valor que hayan podido experimentar las acciones adquiridas, pueda influir en modo alguno en la validez del contrato celebrado para su adquisición» [Sentencia de 22 de marzo de 199(sic) de la Sección 20], (...) razonamiento que encuentra su apoyo en la necesaria distinción que ha de hacerse entre lo que constituye la causa del contrato de apertura de crédito, que es la obtención de una disponibilidad, y el motivo de los contratantes, la compra de acciones del propio banco, que no puede influir en la causa del acto de apertura del crédito en cuanto no incorpora declaración de voluntad como causa determinante de su prestación, motivo por el cual tampoco puede hacerse derivar la nulidad de la póliza de crédito en litigio de la alegada asunción de determinadas obligaciones por la prestataria relacionadas con la compra de las acciones que, en palabras de la sentencia de esta Audiencia Provincial de 3 de noviembre de 1998 (Sección 18ª.) debe considerarse una operación perfectamente separable de la de crédito²¹¹.

g") Límite cuantitativo de las órdenes de pago.

En el contrato de cuenta corriente bancaria el límite cuantitativo de las órdenes de pago viene dado por la cifra del «Haber» del cliente en el momento de la orden, y, por otro lado, cuando, de acuerdo con un práctica bancaria habitual, el Banco (o entidades similares al mismo, como las Cajas de Ahorro) permite libramientos de cheques por cuantía superior al expresado límite de la cuenta corriente respectiva, ello implica una concesión encubierta de crédito bajo la forma de descubiertos²¹².

h") Saldo deudor.

²¹¹ SAP de Madrid (Sección 11ª.), de 3-3-2000 (Recurso de Apelación núm. 341/1998) (AC 2000\1324), F.D.3º.

²¹² STS (Sala de lo Civil), de 11-7-1994 (Recurso núm. 2453/1991) (RJ 1994\6387), F.D.6º.

1. Fijación del saldo.

En verdad, a este respecto, cuando de un procedimiento ejecutivo se trata, la fijación del saldo deudor en los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente, viene determinado por la certificación que expide la entidad crediticia de dicho saldo, conforme a la normativa bancaria aplicada, derivado de esa situación de cuenta corriente, cuyo saldo no tiene necesariamente que coincidir con el importe del crédito concedido, y de ahí que en las pólizas se incluya normalmente una cláusula por cuya virtud la liquidación del crédito practicado por la entidad ejecutante haga fe en juicio, y a ella queda sometido el deudor o deudores²¹³.

2. Prueba del saldo: certificación del Banco, con intervención de Corredor de Comercio.

Frente a la decisión recurrida, en el presente recurso se articulan los siguientes motivos, que son objeto de examen (...):

En el octavo motivo, se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 1257 CC, al disponer que el cumplimiento de los contratantes no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes; reiterando la facultad, en cierto modo irregular, que ostenta la entidad bancaria de determinar la cantidad a reclamar por certificación expedida por la propia entidad, con intervención del Corredor de Comercio, por cuanto, como se ha apuntado, se escribe que el banco demandante cerró y liquidó las cuentas sancionadas en dos momentos distintos (...), como actuación previa a la demanda originaria de las presentes actuaciones; que el resultado de ambas cuentas son distintas, porque obedecen a distintas consideraciones; y se responde que sin perjuicio de ser exactas las circunstancias relativas a cada una de las cuentas corrientes (...), en caso

²¹³ SAP de Córdoba, de 3-12-1994 (Rollo de Apelación núm. 281/1994) (AC 1994\2160), F.D.2º.

alguno, puede considerarse que la actuación del banco tras el impago de las cambiales, y tras el agotamiento del crédito concertado y el correspondiente operación de saldo, en donde se compensan las partidas -las activas y las pasivas-, suponga ejercicio de facultades que si bien amparadas en unas cláusulas intercaladas en los contratos de adhesión, pueden considerarse como abusivas o distantes del sentido jurídico reequilibrador a lo que se refiere el motivo, ya que, en definitiva, ello está perfectamente incardinado en la correspondiente normativa que avala dichas prácticas bancarias, y que, en caso alguno puede servir para oscurecer el fundamento de la acción ejercitada, esto es, fianza solidaria, impago por parte del deudor y ejercicio de la correspondiente acción de reclamación frente a dicho fiador; por lo cual, la actuación por la entidad bancaria acreedora, en todo caso, se ajusta a la legítima defensa de sus intereses²¹⁴.

e') Indemnización de daños y perjuicios.

a") Ausencia de responsabilidad en la entidad bancaria demandada.

El contrato de cuenta corriente es de carácter bilateral, asumiendo ambas partes obligaciones que componen un contenido típico de los llamados contratos de gestión, en este caso del denominado servicio de caja que supone el cumplimiento por parte del Banco de las órdenes que el cliente pueda darle, sobre la base de una tipificación a través de los usos bancarios y siempre que el cliente disponga de fondos o créditos para poder efectuar dichas órdenes, lo que no ha sucedido en el caso que examinamos²¹⁵.

²¹⁴ STS (Sala de lo Civil), de 25-5-1995 (Recurso núm. 28/1992) (RJ 1995\4263), F.D.3º.

²¹⁵ SAP de Córdoba (Sección 2ª.), de 14-2-2000 (Recurso de Apelación núm. 349/1999) (AC 2000\2684), F.D.4º.

b") *Falta de acreditación de los perjuicios sufridos por el actor.*

En consecuencia y con independencia de que el actor, en una reprobable desidia probatoria, ni siquiera se ha preocupado de intentar acreditar cuáles han sido los perjuicios producidos y menos aún qué bases justifican su reclamación de 5.000.000 de ptas. y sabida es la jurisprudencia sobre la necesidad de prueba del acaecimiento de daños [SSTS de 5-3-1992 (RJ 1992\2391), 22-7-1994 (RJ 1994\5526) y 6-4-1995 (RJ 1995\3416)], el recurso debe ser desestimado con imposición de las costas a la parte apelante, art. 710 LEC²¹⁶.

f') *Fianza solidaria: inexistencia de prescripción de la acción.*

Siendo inoperante la reiterada alegación del demandado-recurrente, de que por haber prescrito la acción cambiaria no procedía reclamar cantidad alguna frente a dicha entidad deudora, pues por el carácter solidario de la fianza, el banco no tenía por qué dirigirse previamente al deudor, y, porque, es indiscutible, en este proceso no se ejercita acción cambiaria de clase alguna, sino que se trata de una acción entablada al amparo del juicio declarativo correspondiente y de carácter ordinario, o de reclamación de cantidad frente a quien garantiza una obligación de pago cuando el deudor principal no lo ha hecho, por lo cual, es evidente que el plazo repetido de 3 años, y que cerraría en lo posible por prescripción dicha acción, es absolutamente insostenible, con lo que se confirma el rehúse de dichos motivos²¹⁷.

g') *Intereses pactados.*

²¹⁶ SAP de Córdoba (Sección 2ª.), de 14-2-2000 (Recurso de Apelación núm. 349/1999) (AC 2000\2684), F.D.5º.

²¹⁷ STS (Sala de lo Civil), de 25-5-1995 (Recurso núm. 28/1992) (RJ 1995\4263), F.D.3º.

a") *Cláusula de intereses variables de demora: validez.*

En cuanto a la alegación de nulidad de la cláusula de la póliza relativa a los intereses de demora, los cuales serán los que en cada momento rijan para los descubiertos en cuenta, aunque alguna doctrina sostiene tal conclusión por aplicación de los artículos 1256 CC y 10 de la Ley de Consumidores, la liberalización de intereses en la banca que contempla la Orden Ministerial 12 diciembre 1989 tiene como contrapartida unas exigencias de publicidad en las propias oficinas bancarias y una estricta disciplina administrativa por el control que ejerce el Banco de España que ha de visar esos tipos de interés por lo que tales cláusulas de interés variables no son por sí mismas nulas siempre que se hayan cumplido tales requisitos (SSAP de Sevilla de 27 marzo 1993 y Huelva de 1 octubre 1993). Constando pues en autos las diligencias de visados por el «Banco de España» de los sucesivos tipos aplicables, no procede la nulidad solicitada²¹⁸.

b") *Exigencia de intereses por encima del límite.*

Se alega igualmente que se han exigido intereses por exceso de límite a pesar de que su pago no se concertó en la póliza y así lo declara la Juez de instancia. Pero lo cierto es que nada se ha exigido por tal concepto como afirma el perito señor Leal Domingo quien en su ratificación manifiesta que no ha apreciado en la liquidación intereses por exceso de límite. De igual modo y a preguntas directas de la Juez responde que la mínima diferencia que existe entre el interés pactado (el 7%) y el realmente aplicado no es consecuencia de haber cargado intereses de demora al 18% sino que pudiera ser debido a

²¹⁸ SAP de Córdoba (Sección 1ª), de 23-7-1998 (Rollo de Apelación núm. 205/1998) (AC 1998\1587), F.D.3º.

incluir gastos de mantenimiento o, responde al Letrado actor, a la diferencia de tomar como divisor el año comercial de 360 días y no el natural de 365²¹⁹.

h') Juicio ejecutivo.

a") Fundamentos de la acción ejecutiva.

1. Conformidad tácita con los extractos periódicamente remitidos por la entidad crediticia al no impugnarse en el plazo fijado.

(En las condiciones de las pólizas suscritas) se prevé, y así se estipula también, que el silencio por el cuenta-correntista engendra en el Banco la confianza en una determinada voluntad positiva, es decir, una prestación tácita de conformidad transcurrido un prelijado plazo. Los demandados-apelantes no impugnaron, o al menos no han acreditado lo hicieran, las anotaciones contables de la cuenta que se reflejaban en los extractos periódicamente remitidos por la entidad crediticia, y aunque no puede considerarse, ciertamente, como una verdadera declaración de voluntad negocial dispositiva sobre derecho alguno que haga definitivamente intocable el saldo aprobado, si se trata de una declaración de verdad en favor del banco o entidad de ahorro, de manera que será el titular de la cuenta quien deberá probar el error de esa conformidad, bien lo sea de anotación o cálculo, o por omisión o duplicación²²⁰.

²¹⁹ SAP de Córdoba (Sección 1ª.), de 23-7-1998 (Rollo de Apelación núm. 205/1998) (AC 1998\1587), F.D.4º.

²²⁰ SAP de Córdoba, de 3-12-1994 (Rollo de Apelación núm. 281/1994) (AC 1994\2160), F.D.3º.

2. Pacto de liquidez: efectos.

El pacto de liquidez, que se funda en el principio de libertad del art. 1255 del CC y tiene fuerza de ley entre las partes contratantes (art. 1091 del CC), fue establecido, como uso bancario, en el art. 103 del Reglamento del Banco de España (O. 23 marzo 1948) generalizándose por Orden del Ministerio de Justicia de 21 abril 1950 a la Banca privada, Cajas de Ahorro y entidades financieras; de acuerdo con él las partes pueden convenir que la cantidad exigible sea la especificada en la certificación expedida por la entidad acreedora y deba ser tenida por líquida siempre que conste en documento fehaciente si fue realizada en la forma pactada. Por ello, si en el contrato suscrito por los litigantes (cláusula 11) se regula el cumplimiento de dicho pacto, a ello han de atenerse las partes; y siendo así, no puede oponerse tacha alguna a su interpretación literal, conforme las reglas de hermenéutica que contienen los arts. 1281 y ss. del CC²²¹.

3. Vencimiento anticipado: supuestos de validez.

Por otro lado, si bien es cierto, conforme a los arts. 1256 y 6.1 del CC el vencimiento anticipado está prohibido cuando se funda en la declaración de voluntad unilateral de una de las partes contratantes, será no obstante válido cuando exista causa que lo justifique -por ejemplo, ejecutivos contra el mismo deudor que merman la confianza de recobro de un préstamo- o se dude que el acreditado, llegado el día del vencimiento del crédito, es más que previsible incumpla su obligación²²².

b") Nulidad: título sin fuerza ejecutiva.

²²¹ SAP de Cuenca, de 1-7-1994 (Rollo de Apelación núm. 80/1994) (AC 1994\1204), F.D.4°.

²²² SAP de Cuenca, de 1-7-1994 (Rollo de Apelación núm. 80/1994) (AC 1994\1204), F.D.4°.

1. Cantidad ilíquida: existencia de excedidos sobre el límite concedido en la póliza.

Debe prosperar el motivo de nulidad alegado y previsto en el artículo 1467, núm. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 1440 y 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la falta de fuerza ejecutiva del título por falta de liquidez, respecto de este fiador, dado que en la liquidación se han incluido sin distinción alguna, no sólo el principal, intereses y comisiones, sino también los excedidos que sobrepasan en mucho la cantidad realmente avalada (y hemos de suponer que también sus correspondientes y específicos intereses), sin que pueda saberse con la liquidación efectuada qué cantidades se corresponden a cada uno de tales conceptos, algunos de los cuales no debe responder el fiador don Silvino R. D., por lo que es procedente la estimación del recurso de apelación interpuesto²²³.

2. Cantidad líquida: diferencias de intereses aplicados a cantidades idénticas, justificadas.

El último motivo de oposición se centra en la nulidad del juicio ejecutivo que articula el párrafo segundo del artículo 1467 en relación con el artículo 1435, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse incluido en la liquidación «gastos injustificados y arbitrarios» no compulsados por el Corredor de Comercio, tales como, siendo los efectos descontados de idéntico importe los «gastos de devolución» varían (así, para cantidades de dos millones de pesetas: 70.044 ó 71.044, y para el millón de pesetas, 35.044 ó 36.044 pesetas). A este respecto, hemos de señalar que los gastos que se dicen injustificados no han sido objeto de prueba alguna por parte del oponente (artículo 1214 del Código Civil) y que, en cuanto a las diferencias de intereses aplicados a cantidades

²²³ SAP de Palencia (Sección Única), de 1-10-1999 (Recurso de Apelación núm. 492/1998) (AC 1999\1915), F.D.5º.

*idénticas, su razón estriba en, no sólo la fecha en que se envía una remesa, sino también en que existe una variación en los días de devengo de dichos intereses, lo que no obsta a la integración del título ejecutivo. Por todo lo expuesto no procede estimar este motivo de oposición*²²⁴.

3. Certificación de Corredor de Comercio comprobando la conformidad del saldo y la liquidación.

*El art. 1435 de la LEC que sustituyó a la Orden 21 abril 1950 y al R.D. 2680/1982, de 15 octubre, para las escrituras notariales, y cuya constitucionalidad no ofrece duda alguna después de las Sentencias del Tribunal Constitucional de 10 febrero y 2 abril 1992 (RTC 1992\14 y RTC 1992\47), e indirectamente en el Auto 541/1984, de 26 septiembre, establece y determina el procedimiento de liquidación con la comprobación del Corredor de Comercio, que ostenta presunción de veracidad mientras el deudor no pruebe la inexactitud del saldo, conforme al art. 93 del Código de Comercio, por su cualidad de fedatario mercantil, al cual, por otra parte, no puede considerársele como perito contable que tenga que realizar una auditoría de la operación, sino simplemente exigírsele que haya comprobado la conformidad del saldo que conste en la certificación bancaria con el que aparezca en la cuenta abierta al deudor y que dicha liquidación se ha practicado conforme a lo pactado*²²⁵.

4. Notificación previa al deudor, por telegrama, del vencimiento anticipado: innecesario que la notificación requiera la calidad de fehaciente.

²²⁴ SAP de Cuenca, de 15-5-1998 (Rollo de Apelación núm. 305/1997) (AC 1998\5498), F.D.4º.

²²⁵ SAP de Cuenca, de 1-7-1994 (Rollo de Apelación núm. 80/1994) (AC 1994\1204), F.D.3º.

El párrafo final del art. 1435 de la LEC exige únicamente la «notificación previa» al deudor del importe de la cantidad exigible, sin que esa notificación requiera la calidad de fehaciente, por cuanto, a raíz de la publicación de la Ley 10/1992, de 30 abril, modificativo del párrafo legal indicado, que impone ese requisito dirigido tanto a deudor como fiador, dicho acto supone una mera comunicación de la reclamación presentada por el acreedor, bastando con que se acredite que la misma se realizó y sin que sea preciso medie un determinado plazo de tiempo entre la comunicación y la presentación de la demanda. Por ello, acreditado (documentos 9 al 12) el envío de dichos telegramas y su recepción por los afectados, es evidente que se cumplió con el requisito indicado²²⁶.

5. Póliza de crédito para la negociación de documentos.

5.1. Inexistencia de obligación por parte de las entidades de crédito de apertura de cuenta especial.

Al amparo del artículo 1467.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aducen los recurrentes la carencia de fuerza ejecutiva del título en virtud del cual se ha despachado la ejecución por cuanto la Caja (X) no procedió, conforme se establece en las cláusulas segunda y cuarta de la póliza, a la apertura de la «cuenta especial» ni haber identificado la cuenta en que debían cargarse los efectos objeto de descuento. No existe en la legislación mercantil ni en la procesal precepto alguno que obligue a las entidades de crédito a la apertura de dicha cuenta especial al margen de la que tenga abierta el prestatario y en la que pueda ser cargado el importe de los efectos descontados y que no fueran atendidos; como señala la sentencia recurrida, la citada cuenta especial

²²⁶ SAP de Cuenca, de 1-7-1994 (Rollo de Apelación núm. 80/1994) (AC 1994\1204), F.D.2°.

*obedece a una costumbre o uso bancario que no limita la eficacia ejecutiva de la póliza cuyo importe se reclama*²²⁷.

5.2. Inexistencia de defectos extrínsecos: error mecanográfico en la denominación de sociedad afianzada.

*Escasos deben ser los razonamientos que impiden estimar la excepción articulada al amparo del artículo 1429.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por los recurrentes, solicitan la nulidad del juicio ejecutivo por defectos extrínsecos o por iliquidez de la deuda, por cuanto, respecto de los primeros, que en la hoja contable o extracto de cuenta figure la expresión «Gocaba, SL» en lugar de «Cogaba, SL» -«única mercantil afianzada», dice- no supone más que un error mecanográfico de nula importancia habida cuenta de que esa alteración de letras no impidió a los demandados seguir descontando efectos con cargo a la cuenta que a nombre de la primera denominación se realizaron, máxime si, como consta en confesión, aquéllos reconocieron la póliza manifestando no haber pagado lo que adeudaban «a pesar de las reclamaciones» que se le hicieron*²²⁸.

5.3. Irrelevancia de la falta de identificación de la cuenta en que debían cargarse los efectos de descuento: constatación por el fedatario mercantil de su existencia y concordancia con la que debe existir en su Libro Registro.

Ningún fundamento tiene la oposición que denuncia la falta de número de la cuenta cuando el fedatario mercantil constata su existencia y su concordancia con la que debe existir en su Libro Registro cuando aquélla

²²⁷ SAP de Cuenca, de 15-5-1998 (Rollo de Apelación núm. 305/1997) (AC 1998\5498), F.D.2º.

²²⁸ SAP de Cuenca, de 15-5-1998 (Rollo de Apelación núm. 305/1997) (AC 1998\5498), F.D.3º.

cumple los requisitos de carácter mercantil exigibles; precisamente la condición de fedatario público que ostenta el Corredor de Comercio (artículos 93, 95 y 106 del Código de Comercio), no sólo le cualifica para la generación de títulos ejecutivos no jurisdiccionales (artículo 1429.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino que también le avala para certificar y dar fe de que el extracto de cuenta bancario o apunte contable coincide y es correlativo a la cuenta censurada por él²²⁹.

c”) Pluspetición (excepciones): no acreditación de la falta de correspondencia entre los asientos contables y las operaciones de caja.

Sentadas todas las anteriores consideraciones, los demandados-ejecutados, en su escrito de oposición a la ejecución en su día despachada, y el amparo del artículo 1466 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alegaron la excepción de pluspetición, único motivo argüido, que equivale a un reconocimiento de la deuda hasta cierta cuantía, reduciéndose la discusión únicamente en lo que respecta al «quantum» (...).Pues bien, al ser adversa a su tesis la sentencia de instancia, la representación procesal de los demandados-ejecutados, reprodujo en el acto de la vista del presente recurso el motivo de oposición, desestimando en la instancia, aduciendo una errónea apreciación de la prueba por parte del «iudex a quo» e infracción del artículo 1253 del Código Civil.

Ese motivo o fundamento, esgrimido en apoyo del recurso de apelación interpuesto -adelántase desde ahora-, no puede ser acogido, porque los ejecutados recurrentes, como era su carga, no han probado esa denunciada falta de correspondencia entre los asientos contables y las operaciones de caja²³⁰.

²²⁹ SAP de Cuenca, de 15-5-1998 (Rollo de Apelación núm. 305/1997) (AC 1998\5498), F.D.2º.

²³⁰ SAP de Córdoba, de 3-12-1994 (Rollo de Apelación núm. 281/1994) (AC 1994\2160), F.D.3º.

d) Contrato de descuento bancario.

a') *Doctrina jurisprudencial general.*

a") *Concepto.*

Este contrato (de descuento) que carece de una regulación concreta en nuestro ordenamiento, sin perjuicio de su mención en ciertos artículos del CCo., se halla muy extendido en la práctica y usos bancarios, y su alcance, contenido y obligaciones para las partes ha sido ya objeto de una amplia elaboración jurisprudencial. Se considera que mediante el mismo el banco presta o anticipa fondos a su cliente, contra la entrega por éste de un documento de crédito a plazo, para que a su vencimiento gestione su cobro, detrayendo previamente unos intereses en función de ese plazo hasta que venza, así como unas comisiones por las gestiones de cobranza. Tales documentos los recibe el banco «pro solvendo», esto es, salvo el buen fin de los mismos, pudiendo ser títulos valores como letras de cambio, pagarés, etc., u otros como recibos, con la ventaja en los primeros que el banco detentará por vía de regreso acción ejecutiva. En virtud de la cesión «pro solvendo» de los títulos, cuando éstos no sean atendidos llegado su vencimiento, el cliente deberá reembolsar al banco el nominal del crédito descontado²³¹.

b") *Naturaleza jurídica.*

El descuento puede instrumentarse bien por operación, es decir, letra por letra o bien por forma más general mediante la concesión de un crédito, a

²³¹ SAP de Castellón (Sección 3ª.), de 31-7-2000 (Recurso de Apelación núm. 586/1998) (AC 2000\1793), F.D.2º.

través del cual el banco se obliga a descontar las letras que le entrega el cliente hasta el límite pactado, conforme a determinadas condiciones, ingresando su importe en la cuenta del cliente que tiene la disponibilidad del mismo. En consecuencia, el llamado descuento bancario, según la configuración jurisprudencial del mismo, es una figura negocial, compleja y atípica, que constituye un contrato real, unitario y autónomo, que participa de la naturaleza jurídica del préstamo, como operación crediticia, que en definitiva es, y de la compraventa, consistente en la cesión de un crédito, sin que se asimile por completo a ninguna de estas formas contractuales²³².

(El descuento puede ser calificado) *de contrato real, unilateral, oneroso, informal y «sui generis»²³³.*

c”) Requisitos.

Exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo [véase la Sentencia de 11 junio 1993 (RJ 1993\5267), donde se citan otras anteriores] en el contrato de descuento la concurrencia de tres requisitos: 1º.) La existencia de un crédito contra un tercero aún no vencido, procedente de una operación comercial (descuento comercial) o de una operación de simple crédito (descuento financiero); 2º.) El anticipo hecho por el banco al cliente del importe del crédito, menos los intereses que cobre por el tiempo que falte para su vencimiento; y 3º.) La cesión de la titularidad del crédito con la cláusula «salvo buen fin». En cualquier caso, la cesión de las cambiales a la entidad bancaria, con el consiguiente anticipo en favor del librador, se realiza «salvo buen fin», de modo que si el intento del banco de cobrar los efectos a la fecha de su vencimiento no va acompañado de éxito, el banco, en cuanto tenedor

²³² SAP de Castellón (Sección 1ª.), de 22-5-2000 (Recurso de Apelación núm. 119/1997) (AC 2000\1257), F.D.2º.

²³³ SAP de Sevilla (Sección 8ª.), de 12-3-2001 (Recurso de Apelación núm. 176/2000) (AC 2001\161), F.D.3º.

*cambiarlo, tiene acción frente al librado para reclamarle el importe de las letras, pero indudablemente, por virtud del contrato de descuento, tiene también acción contra el librador descontatario para solicitarle lo que le anticipó más, en su caso, los intereses que resulten procedentes*²³⁴.

d") Función económica.

*El contrato de descuento responde a una relación bancaria y su esencia jurídica radica en la obligación que asume el descontatario de restituir al Banco descontante los importes descontados cuando no se abonan a la fecha de sus vencimientos por quien resulte obligado y deudor de los mismos, recuperando así el Banco los anticipos dinerarios llevados a cabo, ya que se trata de cesión «pro solvendo» y no cesión «pro soluto» y a cuyo efecto resulta procedente la acción declarativa ordinaria ejercitada [Sentencias de 22-11-1992 SIC, 25-3 (RJ 1993\2236) y 24-9-1993 (RJ 1993\6742) y 21-6-1996 (RJ 1996\5107)]*²³⁵.

e") Contenido.

1. La cesión del crédito.

*El banco, termina con sus obligaciones de dar, desde el momento en que acepta el descuento y satisface el importe líquido del título negociado, restándole las obligaciones de hacer que fundamentalmente será la de presentar el título o documento ante el obligado al pago*²³⁶.

²³⁴ SAP de Toledo, de 20-7-1994 (Rollo de Apelación núm. 93/1994) (AC 1994\1313), F.D.2°.

²³⁵ STS (Sala de lo Civil), de 2-3-2004 (RJ 2004\805), F.D.1°.

²³⁶ SAP de Sevilla (Sección 8ª.), de 12-3-2001 (Recurso de Apelación núm. 176/2000) (AC 2001\161), F.D.3°.

2. La restitución de la cantidad anticipada.

El principal efecto del contrato de descuento descrito, es que el banco descontante se convierte en titular pleno de la letra y del crédito en ella incorporado y, en consecuencia, en acreedor cambiario, produciendo como efecto principal el derecho del banco a exigir y la obligación del descontatario de devolver o restituir la cantidad anticipada²³⁷.

(A la entidad bancaria descontante) le asiste el derecho al reintegro del importe si el crédito incorporado a las cambiales no llega a hacerse efectivo por el obligado a su pago [Sentencias de 18-3-1987 (RJ 1987\1516), 27 de enero (RJ 1992\266) y 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10637) y 28 de junio de 2001 (RJ 2001\4980)]²³⁸.

3. La gestión diligente.

La STS de fecha 21-3-1997 literalmente dice: «es doctrina de esta Sala, declarada, entre otras, en Sentencia de 14 de abril de 1980 (RJ 1980\1415), que en caso de descuento, por cuanto se trata de un supuesto de dación en pago, esto es, que el crédito descontado se cede “pro solvendo” y no “pro soluto”, la entidad financiera asume la obligación fundamental de diligente gestión, teniendo que presentar al cobro la letra con la debida oportunidad y levantando el acta de protesto por falta de pago, y una vez culminada su actuación, devolverá la cambial al cliente acompañada del acta de protesto, siendo imputable al descontante el perjuicio de la letra por falta de protesto y debiendo el mismo soportar los efectos de su propia negligencia,

²³⁷ SAP de Castellón (Sección 3ª.), de 31-7-2000 (Recurso de Apelación núm. 586/1998) (AC 2000\1793), F.D.3º.

²³⁸ STS (Sala de lo Civil), de 30-4-2003 (Recurso de Casación núm. 2793/1997) (RJ 2003\3523), F.D.2º.

transformándose los efectos del descuento, por lo que la primitiva cesión, hasta entonces con carácter “pro solvendo”, pasa a ser “pro soluto”»²³⁹.

f”) Consecuencias jurídicas de su incumplimiento.

1. Perjuicio de la cambial.

1.1. La extinción de la obligación del descontatario, por negligencia del banco/tenedor/descontante.

El perjuicio de la cambial sólo extingue la obligación derivada del contrato de descuento cuando aquel perjuicio fuera debido a un comportamiento negligente imputable al banco/tenedor/descontante, como estableció el TS en la sentencia de 6 julio 1996, donde se aclara que la expresión «por culpa del acreedor» no debe ser entendida en el sentido vulgar de simple «causa», sino en el –más estricto– de «acción culposa» debida al acreedor. También la sentencia de 14 abril de 1980 (RJ 1980\1415) señala que el perjuicio de la letra descontada sólo producirá los efectos del pago sobre la obligación de restitución, derivada del contrato de descuento, cuando se deba a culpa del descontante, en los siguientes términos: «el perjuicio de la letra imputable al banco... determina en sentir del más autorizado y general criterio la producción de efectos enervatorios de la cláusula “salvo buen fin”, y la entidad descontante soportará los efectos de su propia negligencia... estimándose que la entrega de la letra al banco despliega los efectos del pago, conforme a lo prevenido en el art. 1170, párrafo 2º, “in fine”, del CC»²⁴⁰.

²³⁹ SAP de Castellón (Sección 3ª.), de 31-7-2000 (Recurso de Apelación núm. 586/1998) (AC 2000\1793), F.D.3º.

²⁴⁰ SAP de Zamora (Sección Única), de 9-3-2000 (Recurso de Apelación núm. 177/1999) (AC 2000\861), F.D.2º.

1.2. La reposición de las letras al cedente en el estado en que fueron recibidas.

Cuestionada la aplicación del artículo 1170-2 del Código Civil que procede en el contrato de descuento [Sentencia de 28-11-1988 (RJ 1988\8718)], pero no en la forma que lo hace la sentencia recurrida para decretar la nulidad del proceso ejecutivo, lo que no se acepta y ha de estarse a la doctrina jurisprudencial que ha mantenido línea uniforme y firme, al declarar que resulta inexcusable el deber que incumbe a la entidad financiera de reponer las letras al cedente y en el estado en que fueron recibidas, es decir con la misma eficacia jurídica que tenían cuando fueron depositadas en virtud del contrato de descuento y evitar que se produzca el perjuicio de los efectos por la retención injustificada llevada a cabo (...). Este derecho de reintegro (de la entidad bancaria descontante) es el que faculta a reclamar los importes y la obligación de devolver las letras una vez fracasada la operación, ya que no se admite que el cliente pierda por omisión, falta de la diligencia debida por la entidad o aplicación de una mala práctica bancaria, cualquier derecho que le corresponde como titular del crédito [Sentencia de 1-4-1996 (RJ 1996\2877)]²⁴¹.

2. Ejercicio de eventuales acciones, en caso de impago, nacidas del descuento.

2.1. Formulación.

2.1.1. Acciones del descontante.

²⁴¹ STS (Sala de lo Civil), de 30-4-2003 (Recurso de Casación núm. 2793/1997) (RJ 2003\3523), F.D.2º.

La operación de descuento bancario, como ya se ha expuesto, es una cesión «pro solvendo» y no «pro soluto» del crédito que ésta incorpora a la letra descontada, y está supeditada a que resultando impagada la letra, el banco descontante, pueda reclamar su importe de aquel que obtuvo el descuento de la letra, derecho de reintegro que puede hacerse efectivo, bien extrajudicialmente mediante la práctica de un contra asiento en la cuenta del cliente descontatario, haciéndose así pago por compensación, bien por vía judicial mediante el ejercicio de la acción cambiaria de regreso contra el librador o de la acción causal nacida del contrato de descuento²⁴².

2.1.2. Acciones del descontatario.

En el caso que nos ocupa, las cambiales permanecen inexplicablemente en poder de la entidad ejecutante, lo que impide al librador descontatario el ejercicio de sus acciones cambiarias. Acción que bien puede ser la directa, ejercitable contra el apelante sin necesidad de protesto (artículo 48.II de la Ley Cambiaria) e incluso en el supuesto de que no se hubiera presentado la letra al pago dentro de plazo [artículo 63,c) de la Ley Cambiaria], que sería el supuesto en el que nos encontraríamos si se considerara que el truncamiento no equivale a la presentación de la letra al pago; acción que prescribe a los tres años del vencimiento de la letra (artículo 88.1 de la Ley Cambiaria). La principal consecuencia de la falta de presentación sería, en su caso, la pérdida de la acción de regreso, algo irrelevante en el supuesto que nos ocupa porque la letra no ha salido del círculo formado por librador, librado y aceptante. El incumplimiento por la entidad bancaria de una de las obligaciones esenciales del contrato de descuento, con claro perjuicio para el descontatario en la medida en que, desposeído de las letras, no puede ejercitar ninguna acción cambiaria obliga a estimar la apelación²⁴³.

²⁴² SAP de Castellón (Sección 1ª.), de 22-5-2000 (Recurso de Apelación núm. 119/1997) (AC 2000\1257), F.D.3º.

²⁴³ SAP de Toledo, de 20-7-1994 (Rollo de Apelación núm. 93/1994) (AC 1994\1313), F.D.4º.

2.2. La devolución material de los títulos: transcurso de 3 años desde su vencimiento.

No procederá exigir al banco la devolución material de los títulos antes del transcurso de 3 años desde su vencimiento si con anterioridad no le reintegraron lo que les adelantó, y ello no será factible hasta que no recaiga una decisión judicial con dicho contenido condenatorio, pues a partir de ese momento el derecho de la entidad bancaria derivará de la sentencia y no de las cambiales, sin las cuales no hubiese sido posible dictarla, de manera que los deudores libradores sólo poseerán facultades para recobrar los efectos cuando previamente liquiden su importe (Sentencia AP de Valencia de 10 de octubre de 1997)²⁴⁴.

b') Juicio ejecutivo.

a") Nulidad: título sin fuerza ejecutiva.

1. Cantidad líquida: liquidación llevada a cabo de conformidad con las condiciones pactadas en la póliza.

Es criterio de la Sala, expuesto en diversas resoluciones, que la actuación del fedatario además de constatar la coincidencia entre el saldo certificado y el que presenta la cuenta de la deudora, deberá servir para acreditar al menor «prima facie» y sin perjuicio de lo que pudiera resultar en período probatorio que la liquidación correspondiente se ha practicado en la forma pactada por las partes, tal como ocurre en el presente caso, en que la fijación de la cantidad

²⁴⁴ SAP de Castellón (Sección 1ª.), de 22-5-2000 (Recurso de Apelación núm. 119/1997) (AC 2000\1257), F.D.3º.

*líquida no obedece a un acto unilateral de la acreedora, sino que corresponde con las condiciones pactadas, lo que exige al fedatario la práctica de las oportunas comprobaciones. En el presente caso las operaciones de liquidación se han practicado en la forma pactada por los intervinientes*²⁴⁵.

2. Cantidad ilíquida: innecesario una operación liquidatoria del saldo deudor.

*Es de notar que la cantidad que reclama el Banco a través del presente juicio coincide entera y plenamente con la suma de las cuatro letras que resultaron descontadas, de tal modo que la reclamación del Banco asciende únicamente a dicho principal, sin otros aditamentos (por ejemplo, intereses de demora). Y es evidente que para el hallazgo de dicha cantidad no se precisa ninguna operación liquidatoria que plantee problemas insolubles de tipo aritmético, sino simple y llanamente la suma de los efectos. Con ello se quiere decir que, sin prejuzgar si la certificación del corredor, tal como está redactada, es válida para todos los casos en que se emprenda una acción ejecutiva derivada de un contrato mercantil otorgado por entidad de crédito, ahorro y financiación, lo cierto es que en el caso que nos ocupa no hay ninguna razón sensata para tacharla de inválida o ineficaz, una vez comprobado que lo que se reclama es la suma de cantidades perfectamente líquidas, es decir, la suma del principal que figura en las cuatro cambiales. De ahí que no pueda prosperar el motivo de nulidad, por razón de iliquidez de la deuda, esgrimido por los ejecutados*²⁴⁶.

3. No aportación, junto con la certificación del saldo deudor, de los efectos objeto de descuento.

²⁴⁵ SAP de Castellón (Sección 1ª.), de 22-5-2000 (Recurso de Apelación núm. 119/1997) (AC 2000\1257), F.D.5º.

²⁴⁶ SAP de Toledo, de 20-7-1994 (Rollo de Apelación núm. 93/1994) (AC 1994\1313), F.D.1º.

La problemática de determinar, si el ejercicio de una acción ejecutiva fundada en una póliza de descuento de operaciones mercantiles, que garantiza el saldo deudor que pueda producirse por la negociación o descuento de letras o de otros efectos de comercio, está supeditado o no a la previa restitución de los efectos descontados (...). El criterio actual de la Sala, y seguido en un gran número de Audiencias, entre las que se encuentra AP Córdoba 6 noviembre 1998, de 9 junio 1997 (AC 1997\1406), y las de 11 febrero y 17 abril 1998, es que el Banco descontante no tiene la obligación de devolver los efectos hasta que no haya sido completamente resarcido, puesto que en caso de que estuviesen en manos del deudor, puede pensarse que ya está pagado. En igual sentido, las sentencias de AP Valencia 22-5-1996, 21-9-1996, 12-3-1994 (AC 1994\508), AP Alicante 24-10-1996, 11-7-1995, AP Baleares 8-5-1997, entre otras, siendo de destacar la más reciente del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1996 (RJ 1996\7906): «... de donde se deduce que no es exigible la devolución de los títulos mientras no se pronuncie una decisión judicial con dicho contenido, pues a partir de ese instante el derecho de la entidad bancaria deriva de esta resolución y no de las cambiales, sin las cuales no hubiera podido dictarlas...»²⁴⁷.

b") Excepciones: falsedad del título o del acto que le hubiere dado fuerza ejecutiva.

El artículo 1435 núm. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha sustituido las disposiciones de la antigua Orden Ministerial de 21 de abril de 1950 y presume que el saldo reclamado en las pólizas de crédito es vencido, líquido y exigible con la aportación del original de la póliza de apertura de crédito para la negociación de letras de cambio y otros efectos debidamente intervenida y del saldo adeudado por el acreditado, diligenciado igualmente por el fedatario

²⁴⁷ SAP de Castellón (Sección 1ª.), de 22-5-2000 (Recurso de Apelación núm. 119/1997) (AC 2000\1257), F.D.3º.

público, lo cual constituye un requisito preciso para que el Juez, al amparo del artículo 1440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pueda ordenar el despacho de la ejecución (...).

(La) alegación de falta de liquidez y falsedad del acto, es claro que no puede ser acogida, habiéndose aportado la certificación del Corredor de Comercio constatando la coincidencia entre el saldo certificado y el de la cuenta, así como que la liquidación se ha producido en la forma pactada, basándose el Corredor para dicha afirmación en el examen de la póliza y de la documentación contable aportada por la ejecutante, con los conceptos que integran el saldo (...).

(La liquidación pormenorizada) no la exige la Ley ni tampoco resulta de la sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992 (RTC 1992\14), pues dicha Sentencia lo que hace es distinguir entre cantidad líquida a efectos de despachar la ejecución y cantidad real y verdaderamente debida²⁴⁸.

c") Prescripción de la acción cambiaria: falta de diligencia del banco descontante, en el plazo de presentación de la letra.

Al guardar las letras (el banco descontante), y al presentar a su demanda en fecha 26-6-1996, a la que las acompaña, está demostrando un claro incumplimiento de su obligación, pues sin duda desde la fecha de su falta de pago, hasta la fecha de decidirse sobre su reclamación, ya ha transcurrido el plazo de tres años de prescripción de las acciones cambiarias nacidas para la endosante y demandada, conforme al art. 88 de la Ley Cambiaria y del Cheque, privándole del ejercicio de tales derechos, y perjudicando las mismas. La tenencia por parte de la entidad actora de las letras sin la debida entrega a la demandada dentro del plazo que le permitía la salvaguarda de sus derechos produce el necesario efecto por imperativo del artículo 1170 del CC de

²⁴⁸ SAP de Castellón (Sección 1ª.), de 22-5-2000 (Recurso de Apelación núm. 119/1997) (AC 2000\1257), F.D.2º.

convertir la entrega de la letra «pro solvendo» en «pro soluto», de modo que la entidad actora ha quedado pagada de su anticipo por lo que no puede instar el reembolso contra la demandada²⁴⁹.

c') Supuestos.

a") Endoso del pagaré mediante descuento.

1. Legitimación del banco descontante, en virtud del descuento realizado.

La sentencia del Juez «a quo» aunque falta de motivación viene a resolver de forma acertada la cuestión planteada. Es acertada su resolución de la excepción cuando estima que se trata de un supuesto de legitimación «ad causam» y que es una cuestión a resolver con el fondo del asunto como tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo. Y en efecto, la posesión del pagaré por la actora está justificada en virtud del descuento realizado con fecha 27 de julio de 1992. Desde ese momento, con el endoso que le hace el demandado está plenamente legitimado en los términos del citado art. 19 de la LC y no deja de estarlo en ningún momento ya que lo único que hace es remitir dicho pagaré a la «Caja (X)» a los efectos de su pago con la orden de protesto en caso de impago²⁵⁰.

2. Inexistencia de transmisión del pagaré por su remisión al banco domiciliatario para su pago, con la orden de protesto en caso de impago.

²⁴⁹ SAP de Castellón (Sección 3ª.), de 31-7-2000 (Recurso de Apelación núm. 586/1998) (AC 2000\1793), F.D.4º.

²⁵⁰ SAP de Alicante (Sección 5ª.), de 23-2-1999 (Recurso de Apelación núm. 384/1996) (AC 1999\3424), F.D.2º.

No existe ninguna transmisión en el título que legitime a la «Caja (X)» y por tanto no se requiere documentar ninguna devolución cuando no se ha formalizado ninguna entrega. La «Caja (X)» lo único que hace es dar cumplimiento a lo establecido en el art. 51 de la LC, y mandar protestar el efecto ante la falta de fondos para hacerlo efectivo, devolviéndolo posteriormente haciendo constar a los efectos de Cámara de Compensación que el mismo es incorriente y, tras protestarlo devolverlo, con los gastos originados, a quien lo remitió para su compensación, que es la entidad actora que está legitimada para su tenencia en virtud del contrato de descuento con el demandado y que en ningún instante ha perdido dicha legitimación. En consecuencia, el rechazo de la excepción que se hace en la sentencia de instancia es correcto y ajustado a Derecho, procediendo, como hace, a entrar en el estudio de la cuestión de fondo²⁵¹.

b”) Falta de negligencia de la demandante en la negociación de la letra de cambio.

La actividad desplegada por la Entidad descontante evidencia que para el cobro de la letra descontada ha desplegado la actividad normal conforme a los usos bancarios (...), lo que pone de relieve que la Entidad demandante descontante ha utilizado los medios a su alcance para intentar que el efecto se presentase en el Banco domiciliatario (...). Por ello si el perjuicio de la letra no es debido a una negligencia imputable a la entidad descontante, aunque lo hubiere de otras entidades intervinientes en la cadena de remesa de efectos, aquélla conservará la acción derivada del descuento y dirigida a la obtención del reembolso de la suma anticipada²⁵².

²⁵¹ SAP de Alicante (Sección 5ª.), de 23-2-1999 (Recurso de Apelación núm. 384/1996) (AC 1999\3424), F.D.2º.

²⁵² SAP de Zamora (Sección Única), de 9-3-2000 (Recurso de Apelación núm. 177/1999) (AC 2000\861), F.D.4º.

c”) *Incumplimiento del descontante.*

1. Ausencia de puesta al cobro de la cambial, sin devolución del original de la misma, acompañando la notificación de impago, y falta de constancia del protesto de la letra.

1.1. Posibilidad de aplicación analógica del art. 1170.2 CC.

Aunque fuera dudosa la aplicación del art. 1170.2º. CC a los casos de existencia de un negocio jurídico de descuento en el que la obligación surge por la entrega de dinero a cambio de letras, en tanto que el art. 1170.2º. CC supone, según STS de 28 noviembre 1988 (RJ 1988\8718), la existencia de una obligación cuyo pago se pretende hacer con la entrega de unas letras de cambio u otros documentos mercantiles y que se extingue cuando realmente se cobra, duda aplicativa extendida sobre la propia doctrina mercantilista, aunque haya quien aplica el precepto al contrato de descuento, por analogía, no por ello la responsabilidad del banco pretendida en la demanda desaparece aunque sólo sea en aplicación de la propia jurisprudencia dictada en relación con los contratos bancarios, y en las propias normas de protección del consumidor de crédito, cuando no las exigencias contenidas en la Orden 12 diciembre 1989, que obligó a introducir en la memoria del Banco de España de 1989, un apartado sobre los criterios de buena práctica bancaria, criterios entre los que cabe destacar los que hacen referencia a la actuación acorde con lo pactado, dentro de los límites de la confianza, buena fe, prudencia y diligencia²⁵³.

1.2. Ausencia de cumplimiento de los criterios de buena práctica bancaria.

²⁵³ SAP de La Rioja, de 16-7-1998 (Rollo de Apelación núm. 361/1998) (AC 1998\6335), F.D.2º.

Criterios que evidentemente no ha seguido la entidad bancaria, no sólo poniendo pegas y obstáculos a la natural y lógica reclamación de la actora cuando fácil le habría sido determinar el «iter» seguido por la cambial en su poder, y no achacar su pérdida al cliente, con olvido de la natural buena fe que debía guiar su conducta, no dando lugar a la recriminación del propio «Banco de España» acusándole de quebrantar con su actuación «las buenas prácticas bancarias al no acreditar la entrega al reclamante de un efecto»²⁵⁴.

1.3. Imposibilidad de cargar en la cuenta del que se la entregó la suma que recibió cuando la letra no es cobrada a su vencimiento por culpa del tenedor.

En consecuencia, visto todo lo razonado, y aun teniendo en cuenta que el contrato de descuento se acuerda siempre «salvo buen fin», es evidente que, siempre fuera del ámbito cambiario estricto, si la letra no es cobrada a su vencimiento por culpa del tenedor, éste no puede reclamar (o cargar en cuenta) del que se la entregó la suma que recibió²⁵⁵.

2. Falta de devolución de la letra al librador descontatario una vez producido el impago.

En cualquier caso, sin prejuzgar ahora la medida en que el estampillado del truncamiento satisface la exigencia de acreditar la presentación al cobro de la letra en el momento de su vencimiento, la apelación ha de ser estimada porque el Banco ha incumplido la obligación que a todo descontante impone la jurisprudencia del Tribunal Supremo [Sentencias de 27 enero y 22 diciembre 1992 (RJ 1992\266 y RJ 1992\10637), y 24 septiembre 1993 (RJ 1993\6742), así

²⁵⁴ SAP de La Rioja, de 16-7-1998 (Rollo de Apelación núm. 361/1998) (AC 1998\6335), F.D.2º.

²⁵⁵ SAP de La Rioja, de 16-7-1998 (Rollo de Apelación núm. 361/1998) (AC 1998\6335), F.D.2º.

como las allí citadas], compartida por esta Sala en su ya citada Sentencia de 6 mayo 1994, consistente en devolver al descontatario las letras una vez verificado el impago del librado, con la misma eficacia que tenían cuando le fueron entregadas en virtud del contrato de descuento, al objeto de que el librador pueda volver a disponer de los efectos para ejercitar las acciones cambiarias que le asistan (...).

En línea teórica, el argumento acabado de exponer conduciría a estimar el recurso en su totalidad. Sin embargo, en su escrito de oposición el ejecutado circunscribió su queja a las dos letras presentadas por truncamiento, y a ellas debe ceñirse ahora nuestro pronunciamiento porque lo contrario supondría una manifiesta infracción de los principios dispositivo y de aportación de parte, absolutamente capitales en nuestro sistema procesal civil²⁵⁶.

3. Letras libradas con cláusula sin gastos, y obligación del tenedor de protestarlas.

Los efectos jurídicos típicamente cambiarios de las letras ceden ante la existencia de relaciones causales entre acreedor y deudor, y buena prueba de esto es lo que dispone el art. 67 de la repetida ley, que permite al deudor cambiario oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él (...). En el caso que se analiza, aunque las letras habían sido libradas por la cláusula sin gastos, lo cierto es que los documentos separados de aval (aval no cambiario, pero sí mercantil), imponían al tenedor la obligación de protestar las letras, pese a la indicada cláusula, ya que ello era condición expresa para la subsistencia y eficacia del aval.

Por tanto, al no haber procedido con la diligencia de un ordenado comerciante, debe el Banco demandado soportar las consecuencias de su

²⁵⁶ SAP de Toledo, de 20-7-1994 (Rollo de Apelación núm. 93/1994) (AC 1994\1313), F.D.4°.

*negligente conducta (arts. 1170 y 1258 del Código Civil), lo que lleva a la estimación del recurso y consiguiente revocación de la sentencia apelada*²⁵⁷.

4. Presentación del pagaré al cobro por el banco descontante mediante su remisión al banco domiciliatario.

*En el presente caso la actora venía obligada a presentar el pagaré al cobro y protestarlo si no era atendido. Esas obligaciones queda acreditado las cumplió. El paso siguiente no es el de reclamar al firmante del pagaré, sino el devolverlo al demandado, previo reintegro de la cantidad entregada, para que éste realice la reclamación. Consta en las actuaciones la notificación inmediata de la devolución de los efectos y gastos originados, documentos 4 y 5. Dichos documentos son copia de los que la práctica bancaria remite a todos sus cuentacorrentistas y que la parte podrá decir que no ha recibido, pero los usos de la banca acreditan su remisión al igual que los extractos semestrales y otra serie de comunicaciones. El Banco con la remisión de esos extractos está comunicando el impago del pagaré y está reclamando el mismo al notificar un abono en cuenta de ese descubierto*²⁵⁸.

d") Presentación de letras de cambio por la demandada a la entidad actora, que le eran endosadas anticipando el banco su importe.

Observamos que mientras que se halla perfectamente documentada la existencia de una cuenta corriente a la vista, que la demandada reconoce, la pretendida cuenta de efectos impagados, que el banco niega ser un contrato de descuento, carece de documentación escrita alguna, no aportando el banco al

²⁵⁷ SAP de Pontevedra, de 18-4-1994 (Rollo de Apelación núm. 411/1993) (AC 1994\666), F.D.2°.

²⁵⁸ SAP de Alicante (Sección 5ª.), de 23-2-1999 (Recurso de Apelación núm. 384/1996) (AC 1999\3424), F.D.3°.

respecto ninguna prueba, salvo la certificación del Corredor de Comercio sobre su saldo. Frente a tal ausencia de documento escrito, la certeza de la relación y su naturaleza se desprende no sólo de esa certificación, sino de lo propiamente manifestado por la actora en su demanda en la que reconoce que se le presentaban letras de cambio por la demandada que le eran endosadas por la misma, anticipando el banco su importe, y llegando a abonar cuatro letras íntegramente y una parcialmente, realizando apuntes por en concepto de devolución por comisiones. No puede pues existir duda de que la relación era la de un contrato de descuento²⁵⁹.

B.- OPERACIONES PASIVAS.

a) Contrato de depósito bancario de dinero.

a') *Contrato bancario de depósito en cuenta corriente.*

a'') *Doctrina jurisprudencial general.*

1. Diferencias con el contrato de cuenta corriente de crédito.

La doctrina científica (ya) viene distinguiendo, entre los variados tipos de depósitos bancarios, aquel que comporta para el Banco la obligación de devolver la suma depositada a petición del depositante y en el momento mismo

²⁵⁹ SAP de Castellón (Sección 3ª.), de 31-7-2000 (Recurso de Apelación núm. 586/1998) (AC 2000\1793), F.D.2º.

en que éste lo exija, operación ésta que ha venido en denominarse en la técnica mercantil y bancaria, «depósito en cuenta corriente», dado que las relaciones del Banco con sus clientes se instrumentan y contabilizan en la forma expresada, dándose la circunstancia de que, cuando ese depósito es de cosas fungibles, se le autoriza para disponer del objeto del depósito, con obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, generando entonces la figura del depósito irregular²⁶⁰.

2. Obligaciones de la entidad bancaria depositaria.

El depósito en cuenta corriente hecho por un cliente es para el Banco una operación pasiva, de modo que éste recibe en concepto de préstamo (o depósito) irregular un dinero ajeno obligándose a retribuir al cliente depositario con un interés determinado y a realizar en su beneficio, si la cuenta es corriente y a la vista, un servicio de caja y gestión de los fondos²⁶¹.

Las obligaciones asumidas por la entidad de crédito frente a la cuenta correntista son las propias de un gestor, en el específico campo señalado, con lo cual la figura contractual es encuadrable en el mandato, o comisión, con el consiguiente deber de diligencia, y de cumplir las órdenes del mandante o comitente [Sentencia del Tribunal Supremo de 15 julio 1988 (RJ 1988\5717)]²⁶².

3. Finalidad.

²⁶⁰ SAP de Cádiz (Sección 1ª.), de 23-1-1998 (Rollo de Apelación núm. 369/1997) (AC 1998\3974), F.D.2º.

²⁶¹ SAP de Córdoba (Sección 2ª.), de 22-3-1996 (Rollo de Apelación núm. 63/1996) (AC 1996\543), F.D.3º.

²⁶² SAP de Cádiz (Sección 1ª.), de 23-1-1998 (Rollo de Apelación núm. 369/1997) (AC 1998\3974), F.D.2º.

La finalidad del contrato no es -pese a consistir básicamente en un depósito- de custodia del numerario recibido por la entidad de crédito, sobre el que ésta adquiere la propiedad y, por ende, su disponibilidad, sin que esta circunstancia comporte tampoco un propósito del «depositante», de realizar una inversión, por la reducida cuantía -cuando no la inexistencia- de intereses retributivos de la indicada facultad de disposición, por parte de la entidad de crédito, de los fondos depositados. El objetivo del contrato, caracterizador del mismo, es el de obtener los servicios de caja de la entidad de crédito, concretado en el derecho del titular de la cuenta a ordenar el abono de su nómina, el pago de recibos, y operaciones similares²⁶³.

4. Descubiertos: necesidad de autorización específica del titular de la cuenta.

En particular, para que el descubierto se pueda producir, mediante cargos efectuados por la actora, es necesaria la autorización del titular de la cuenta, pues de lo contrario el mandatario o gestor podría llevar a cabo una operación de la que obtiene beneficios económicos en cuantía elevada, dado el importe de los intereses percibidos por el referido descubierto, en perjuicio del cliente, mandante, que no ha autorizado el descubierto. Como ha expresado el Tribunal Supremo, en el caso de una cuenta bancaria abierta a nombre de una persona física, a solicitud de la cual se realizó la apertura, es «ella y sólo ella, la habilitada para autorizar el movimiento de la cuenta al margen del dato, por lo demás corriente en la práctica bancaria, de que la solicitante hubiese asignado la cuenta dicha a reflejar determinado sector de su actividad negocial» [Sentencia del Tribunal Supremo de 12 abril 1989 (RJ 1989\3006)]²⁶⁴.

²⁶³ SAP de Cádiz (Sección 1ª.), de 23-1-1998 (Rollo de Apelación núm. 369/1997) (AC 1998\3974), F.D.2º.

²⁶⁴ SAP de Cádiz (Sección 1ª.), de 23-1-1998 (Rollo de Apelación núm. 369/1997) (AC 1998\3974), F.D.2º.

b") *Supuestos.*

1. Domiciliación de embargos: ausencia de saldo en la cuenta corriente.

Es evidente que si en una cuenta corriente no hay saldo, es que no hay dinero susceptible de ser embargado, de ahí que en la propia diligencia de embargo se indicara que se procediera a retener la totalidad del saldo si éste fuera inferior al importe a embargar, sin que en ningún caso se pueda considerar cumplimentado un embargo a costa de generar un descubierto en una cuenta corriente, ya que no hay dinero susceptible de ser embargado, y no hay autorización del cliente para generar tal descubierto²⁶⁵.

2. Imposiciones no contabilizadas por falta de acreditación.

La libreta de ahorro aportada con la demanda carece del valor acreditativo o probatorio decisivo que se le ha concedido por la juzgadora «a quo», ya que no es exacto, como se afirma en la sentencia dictada, que su llevanza responde a los usos bancarios.

Pues no era práctica normal en la vida bancaria, antes de haberse informatizado sus servicios y concretamente, con anterioridad a mecanizarse las libretas de ahorro, el que las anotaciones realizadas en ella mecanográficamente no aparecieran visadas por un Apoderado o Director de la oficina bancaria correspondiente.

Tal dato del «Visado» obligatorio, que era conocido y notorio para la clientela bancaria en la época referida, aparece además comprobado por

²⁶⁵ SAP de Palencia, de 17-11-1995 (Rollo de Apelación núm. 466/1995) (AC 1995\2412), F.D.2º.

*múltiples, constantes y concordantes manifestaciones de los empleados del Banco*²⁶⁶.

3. Libreta a nombre de un único titular.

3.1. Designación de cotitular: la facultad para disponer de los fondos no le confiere su propiedad.

*No es posible la atribución de propiedad del saldo por la mera referencia a repetida cotitularidad, sino que ha de integrarse con la penetración jurídica en las relaciones particulares de los interesados: fondo común, sociedad existente, o bien nexo de parentesco, amistad, gestión conferida, autorización o mandato, en respectiva*²⁶⁷.

3.2. Fallecimiento del propietario designante o autorizante: integración del depósito en su patrimonio relicto.

*La expresividad de la «autorización» del titular que figura transcrita y unida al folio 53 de autos, no deja duda alguna que manteniéndose la propiedad exclusiva del mismo sobre las libretas correspondientes -así se escribe... «abiertas a mi nombre, propietario de las mismas...»-, el nuevo cotitular designado lo era simplemente a los efectos de poder disponer de dichos fondos en vida del propietario designante o autorizante, por lo que tras su muerte, es llano que el depósito existente debía integrar su patrimonio relicto referido a sus herederos*²⁶⁸.

²⁶⁶ SAP de Pontevedra (Sección 2ª.), de 22-1-1997 (Rollo de Apelación núm. 208/1996) (AC 1997\33), F.D.2º.

²⁶⁷ STS (Sala de lo Civil), de 19-12-1995 (Recurso núm. 1953/1992) (RJ 1995\9425), F.D.3º.

²⁶⁸ STS (Sala de lo Civil), de 19-12-1995 (Recurso núm. 1953/1992) (RJ 1995\9425), F.D.4º.

4. Reclamación de saldo deudor.

4.1. Falta de comunicación al cliente de los distintos movimientos de cuenta.

4.1.1. Incumplimiento por la entidad bancaria de la obligación de rendir cuentas de su gestión.

En el supuesto que nos ocupa, admitido por ambas partes que entre ellos mediaron relaciones contractuales que merecen la calificación jurídica de cuenta corriente, calificación ésta que asume la sentencia de primera instancia, obvio es que, por aplicación de la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta competía a la entidad bancaria la obligación de rendir cuentas de su gestión, o si se quiere, de justificar los cargos y abonos hechos a la demandada, sin que pueda ser confundida la rendición de cuentas que incluye además de la clasificación del saldo existente entre las partes, la justificación de las distintas partidas, con la relación de apuntes bancarios o con la certificación emitida por la entidad actora²⁶⁹.

4.1.2. Insuficiencia de la remisión de telegrama donde se refleja en el saldo deudor sin acompañar las partidas de la cuenta.

Tampoco consta acreditado en el procedimiento, que la Caja (X) haya ido comunicando los distintos movimientos de cuenta a la demandada en la forma y con la trascendencia que pactaron las partes en el contrato de apertura de depósito en cuenta corriente, no pudiendo entenderse cumplido dicho requisito con la remisión del telegrama a la demandada reflejando el saldo deudor pues

²⁶⁹ SAP de Almería (Sección 1ª.), de 27-10-1999 (Recurso de Apelación núm. 26/1999) (AC 1999\8286), F.D.3º.

*no se le acompañó la justificación de las partidas de la cuenta, que por otro lado tampoco han sido aportadas al pleito, razón por la que al haber sido impugnados los asientos reflejados en la cuenta de referencia al no haber sido acreditados los mismos no puede ser estimada la reclamación formulada en la demanda*²⁷⁰.

4.2. Falta de prueba de su realidad.

4.2.1. Aportación de documentos unilateralmente confeccionados por la entidad bancaria.

*Es el Banco apelante quien debe acreditar la realidad del saldo deudor que afirma existente, demostrando la realidad de las sucesivas operaciones de ingresos y disposiciones que conducen al saldo pretendido. Sin embargo, (...) la entidad actora no ha probado ni el devengo de los intereses que reclama, ni la cuantía de los mismos, ni siquiera el haber notificado a los deudores el saldo existente en cada momento a fin de que éstos pudieran impugnar o no dichos movimientos, incumpliendo, de esta forma, la cláusula décima del contrato (folio 10 vto.) (...)*²⁷¹.

4.2.2. Insuficiencia de la certificación expedida por el Corredor de Comercio.

El hecho de que se aporte con la demanda una certificación expedida por corredor de comercio no debe, ni puede, considerarse prueba bastante a fin de justificar el importe de la deuda reclamada [no lo es ni siquiera en el juicio

²⁷⁰ SAP de Almería (Sección 1ª.), de 27-10-1999 (Recurso de Apelación núm. 26/1999) (AC 1999\8286), F.D.3º.

²⁷¹ SAP de Cádiz (Sección 1ª.), de 23-1-1998 (Rollo de Apelación núm. 369/1997) (AC 1998\3974), F.D.3º.

ejecutivo como tuvo ocasión de manifestar el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 10 febrero 1992 (RTC 1992\14) al analizar el artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil párrafo cuarto (...), claramente afirmó que el pacto de liquidez no supone que la cantidad especificada en la certificación fehaciente deba ser tenida por verdadera, pues en definitiva «todas las pruebas documentales tienen igual fuerza legal y no hay ninguna que merezca la calificación de prueba privilegiada»²⁷².

b') Modalidades.

a") Depósito a la vista en cuenta corriente.

1. Depósito mercantil de valores en cuenta corriente.

1.1. Acción por negligencia o infracción de la buena práctica bancaria: venta de determinado número de acciones, solicitada por el esposo de la actora, cotitular de las mismas, sin su orden ni consentimiento, hallándose éstos separados legalmente, y sobradamente conocidos en el banco.

Como viene a declarar la Sentencia (del Juzgado de Instancia) se está, desde luego, ante un contrato bancario de depósito mercantil de valores (art. 308 CCo.) en cuenta corriente, modalidad prevista en el art. 5 de la Ley de Mercado de Valores 24/1988 que no regula en su texto ni en ninguna de las disposiciones que lo desarrollan, en especial el R.D. 116/1992, de 14 de febrero

²⁷² SAP de Cádiz (Sección 1ª), de 23-1-1998 (Rollo de Apelación núm. 369/1997) (AC 1998\3974), F.D.3º.

sobre representación de valores por medio de anotación en cuenta la invocada modalidad de depósito indistinto en sus facultades de disposición (...).

El art. 12.4 de la Ley 24/1988 (impone que) «para la transmisión de las acciones será precisa la previa inscripción a su favor», pues, este tipo de acciones estos valores representados en cuenta se constituirán como tales en virtud de su inscripción en el correspondiente registro contable (art. 8) y sólo la persona que aparezca legitimada en los asientos del registro contable -que no es la cuenta bancaria- se presumirá titular legítimo y podrá exigir las prestaciones a que dé derecho su valor (art. 15 del R.D. 116/1992). La entidad emisora, que realiza de buena fe y sin culpa grave la prestación a favor del legitimado, se libera de responsabilidad aunque éste no sea el titular del valor (art. 15.2). Legitimación para transmitir cuya comprobación o acreditación podrá exigir la entidad bancaria mediante la correspondiente certificación (art. 18) (...).

No presumiéndose la solidaridad según indica el art. 1137 del CC, no estaba obligada la actora a probar la inexistencia de una solidaridad o cotitularidad indistinta que la Ley (art. 1250 CC) no sólo no presume sino que dispensa de su prueba a los favorecidos por ella, como le reprocha la apelada al impugnar el recurso. Así las cosas toda su dimensión toma, en consecuencia, el art. 1772 del CC al establecer que cuando sean dos o más los depositantes, si no fueran solidarios, y la cosa -como aquí ocurre admite división- no podrá pedir cada uno de ellos más que su parte²⁷³.

1.2. Incumplimiento de contrato: ingresos realizados por la cuenta correntista en moneda fraccionaria.

1.2.1. Buena fe y normativa contractual.

²⁷³ SAP de Jaén (Sección 2ª.), de 8-9-1999 (Recurso de Apelación núm. 654/1998) (AC 1999\2323), F.D.1º.

El mecanismo que describe la entidad bancaria demandada, para la cuantificación de las entregas de moneda fraccionaria, resulta inasumible dentro del estándar de comportamiento conforme a la buena fe, que le es exigible conforme al contenido del fundamento anterior; pero además es contrario a la normativa general de los contratos, porque permite y en la práctica así ha operado, que de manera unilateral, sin intervención del depositante, fije la cantidad de numerario que es entregada. Intenta la demandada acogerse al hecho de que el recuento lo realiza una entidad tercera, cuya objetividad y fiducia trascienden cualquier interés que tuviera el banco; pero sin necesidad de contradecir tales cualidades de la entidad portadora del numerario, en absoluto resultan garantizadas las condiciones en que la entidad bancaria demandada realiza la entrega del dinero a la entidad encargada de la seguridad y transporte del dinero²⁷⁴.

1.2.2. Ingresos «salvo buen fin».

Ninguna eficacia puede llevar la anómala cláusula «salvo buen fin», que se incorpora en los documentos de ingreso (...). Tal expresión vinculada al ámbito de los títulos valores e ínsita en el contrato de descuento, genera la obligación de restituir la suma que el banco descontante concede al descontatario a título de anticipo, si un tercero (deudor cartulario), ajeno a la relación contractual de descuento, no cumple con su obligación de pago²⁷⁵.

1.2.3. Cláusula que entraña una obligación condicional.

²⁷⁴ SAP de Segovia (Sección Única), de 18-5-2000 (Recurso de Apelación núm. 192/2000) (AC 2000\1106), F.D.3º.

²⁷⁵ SAP de Segovia (Sección Única), de 18-5-2000 (Recurso de Apelación núm. 192/2000) (AC 2000\1106), F.D.4º.

(La cláusula «salvo buen fin») *difícilmente se acomoda a una operación de entrega de dinero en metálico que integra el abono o pago por excelencia; pero en cualquier caso, su naturaleza es de obligación condicional, conforme a la definición anterior y en pacífica conclusión doctrinal (aunque se diversifica su parecer en si es resolutoria o suspensiva); y especifica el CC, en su art. 1115 que cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula*²⁷⁶.

1.2.4. Falta de intervención del cuenta correntista o depositario en el recuento de las monedas.

*Tal como operaba la entidad bancaria, de ella dependía en exclusiva, el cumplimiento del «buen fin», en este caso del recuento; pues solamente ella contaba y posteriormente precintaba y entregaba las sacas a la entidad de seguridad que las transportaba; pero en el recuento y precinto nadie, ni el acreedor del préstamo que generaba el depositante de las monedas, ni entidad tercera, participaba en forma alguna, de manera que exclusivamente de su albedrío dependía la determinación o no de la acomodación del recuento a la cantidad indicada en la entrega*²⁷⁷.

1.2.5. Práctica bancaria de diferir la cuantía del ingreso a resultados del recuento posterior.

Pero la práctica bancaria de diferir la cuantía del ingreso a resultados de un recuento posterior en el que no interviene el depositante, no puede en modo alguno integrar uso bancario, pues primeramente contradice los postulados de

²⁷⁶ SAP de Segovia (Sección Única), de 18-5-2000 (Recurso de Apelación núm. 192/2000) (AC 2000\1106), F.D.4º.

²⁷⁷ SAP de Segovia (Sección Única), de 18-5-2000 (Recurso de Apelación núm. 192/2000) (AC 2000\1106), F.D.4º.

la buena fe, norma prevalente a tenor de lo preceptuado en el art. 2 CCo. [SSTS de 16-1-1929 y 30-6-1983 (RJ 1983\3699)] y además no resulta cierto, como es comprobable en las cotidianas vistas que de ordinario realizamos en cualquier sucursal, donde máquinas contadoras realizan tales operaciones a presencia del depositante para posteriormente configurar el resguardo del abono²⁷⁸.

1.2.6. Obligación de restitución de la cantidad aminorada por la entidad bancaria con base en el recuento realizado.

En definitiva, el recurso debe prosperar, aun cuando no en la cuantía íntegra solicitada en la demanda, sino exclusivamente en el monto que supone la aminoración realizada contablemente por la entidad bancaria, basándose en el ulterior recuento unilateralmente practicado (...). Pues mientras la actora cuenta con justificantes de los ingresos reclamados, validados manual o electrónicamente por la cuantía que alega (...), por contra la entidad demandada bancaria no justifica que el monto entregado fuera menor que el reseñado²⁷⁹.

2. Contrato de cuenta de ahorro.

2.1. Depósito bancario constituido en la modalidad de cuenta vivienda, instrumentado en libreta de ahorro.

2.1.1. Controversia del interés pactado.

²⁷⁸ SAP de Segovia (Sección Única), de 18-5-2000 (Recurso de Apelación núm. 192/2000) (AC 2000\1106), F.D.5º.

²⁷⁹ SAP de Segovia (Sección Única), de 18-5-2000 (Recurso de Apelación núm. 192/2000) (AC 2000\1106), F.D.6º.

Ha señalado la doctrina que los contratos de depósito bancario en libreta de ahorro tienen, como características, la de fijación de un plazo para la restitución del dinero al depositante, y la de concertación de un interés más elevado que los restantes depósitos. Su naturaleza es marcadamente unilateral puesto que, una vez perfeccionado el contrato con la entrega de dinero al banco, las obligaciones que surgen de la relación jurídica son a cargo de una sola de las partes, la entidad financiera, que debe restituir el dinero recibido, (artículo 306 del Código de Comercio), y el de abonar intereses.

Esta obligación de remunerar los intereses debe ser clara y precisa, y la responsabilidad de su ambigüedad y oscuridad, únicamente puede recaer en la entidad financiera, puesto que éstas han de ajustar sus operaciones a los preceptos legislativos y reglamentarios para garantizar los intereses que se les confían, debiéndose por ello de interpretar las cláusulas en el sentido que sea de mayor utilidad a las personas privadas y de castigo para las omisiones y responsabilidades de las entidades bancarias, (SSTS 30-12-1929 y 29-10-1966)²⁸⁰.

2.1.2. Penalización por la resolución anticipada.

En cuanto a las penalizaciones por la resolución anticipada, es de considerar que únicamente son de aplicación cuando la misma obedezca al mero capricho del depositante y no al incumplimiento ni a las prácticas irregulares de la entidad financiera depositaria, por lo que deben ser reintegradas al actor en toda su extensión²⁸¹.

²⁸⁰ SAP de Barcelona (Sección 12ª.), de 7-1-2003 (Recurso de Apelación núm. 740/2002) (JUR 2003\108331), F.D.4º.

²⁸¹ SAP de Barcelona (Sección 12ª.), de 7-1-2003 (Recurso de Apelación núm. 740/2002) (JUR 2003\108331), F.D.4º.

2.2. Discrepancias en la determinación del saldo: falta de prueba de la autenticidad de las anotaciones de la libreta de los actores.

Y finalmente tampoco se ha infringido el art. 1214 CC (salvo en lo dicho al principio del fundamento) porque esta Sala comparte el criterio del juzgador de instancia acerca de que la carga de la prueba de la autenticidad de las anotaciones numéricas de la libreta correspondía a la parte actora, y, por ende, debe sufrir las consecuencias desfavorables de la falta de prueba. Debe destacarse que se trata de apuntes hechos a máquina en los que sólo constan las cifras de las fechas, de las claves, y de las cantidades, sin ninguna firma, sello, signo o señal de conformidad, y que no se corresponden con el duplicado obrante en el Banco, ni con asientos contables de éste, y sin que puedan servir de apoyo las irregularidades cometidas por la entidad a través de su empleado, porque son más graves las de los actores al abrir una cuenta ficticia como no residentes para obtener beneficios ilícitos, entre ellos fiscales, de lo que no es necesario dar cuenta a los organismos correspondientes por haber intervenido en los hechos la inspección del Banco de España²⁸².

2.3. Falta de diligencia: retención indebida sobre rendimientos de capital mobiliario del IRPF practicada por la entidad bancaria.

Contra la sentencia de instancia, que desestimó la pretensión actora, se interpone recurso de apelación por entender la recurrente que la Entidad demandada le retuvo indebidamente durante los años 1991 a 1994, ambos inclusive, la cantidad de 469.068 ptas. en concepto de retenciones sobre rendimientos de capital mobiliario del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuando al tratarse de «cuentas de pesetas de no Residentes» no están sujetas a tal retención según dispone el Real Decreto de 20 de diciembre de

²⁸² STS (Sala de lo Civil), de 25-10-2002 (Recurso de Casación núm. 646/1997) (RJ 2002\9308), F.D.2º.

1991 en su art. 43.2 d. Y tal alegación ha de merecer favorable acogida, pues aunque la demandante no haya cumplido con su obligación de comunicar a la demandada su condición de no residente mediante certificación de la autoridad consular, tal omisión no puede impedir el cumplimiento de las obligaciones impuestas a las entidades bancarias por la legislación vigente, máxime cuando la demandada sabía y así lo hizo constar en las libretas de ahorro, que se trataba de «cuentas de pesetas de no residentes», en relación con las cuales tanto el art. 9 de la Orden del Ministerio de Hacienda de 27 de diciembre de 1991 que desarrolla el Real Decreto 1816/1991, como la Circular del Banco de España, que es vinculante para la demandada, de fecha 11 de enero de 1992, expresa y claramente disponen que cuando en el momento de apertura de la cuenta se haga constar la condición de no residente del titular -como aquí ha sucedido- la Entidad bancaria «está obligada a requerir del titular de tal cuenta que en el plazo de quince días le entregue la documentación acreditativa de la no residencia», obligación que la demandada no acredita haber cumplido. Pero es que, además, las indicadas normas le imponen también la obligación de «requerir al titular de la cuenta para que cada dos años confirme, en el plazo de tres meses, la continuidad en su condición de no residente», obligación igualmente incumplida por la demandada. Y del incumplimiento de tales normas, puestas en relación con los arts. 25 y 26 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984 se deduce que la Entidad demandada no actuó con la debida diligencia ni de acuerdo con las correctas prácticas bancarias, teniendo en cuenta, además, que el Tribunal Supremo viene declarando con reiteración que en estos casos resulta aplicable el principio de responsabilidad por riesgo profesional cercano al principio de responsabilidad objetiva, cuando por las razones antes expuestas queda acreditado que no ha existido culpa exclusiva de la demandante, entendiéndose por ello la Sala que la pretensión actora es ajustada a derecho lo que determina la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia²⁸³.

²⁸³ SAP de León (Sección 1ª.), de 27-1-2000 (Recurso de Apelación núm. 615/1998) (AC 2000\420), F.D.1º.

2.4. Saldo negativo: no oposición al saldo notificado.

La no formulación de oposición alguna por el titular de la cuenta al saldo que se intenta notificar por medio de telegrama, la comprobación de su exactitud entra en el ámbito de la prueba pericial, mediante el contraste y confrontación por el perito de todas y cada una de las partidas anotadas en la cuenta, tanto de cargo como de abono, con los antecedentes contables obrantes en poder de la entidad bancaria [STS de 14 marzo 1992 (RJ 1992\2182)], prueba pericial que se ha llevado a cabo, en el presente caso, por medio de Corredor Colegiado de Comercio que acredita que la certificación que del saldo se lleva a cabo por los empleados del Banco demandante se ha llevado a cabo (a juicio de dicho fedatario) al tipo de descubierto en cuenta aplicable en cada período, una vez hechos los usuales cálculos económicos-financieros, coincidiendo con el que aparece en la cuenta indicada²⁸⁴.

b") Contrato de imposición a plazo fijo.

1. Cancelación anticipada de una imposición a plazo fijo: aplicación indebida de penalización, al no haber acreditado la entidad financiera la existencia de una cláusula de vencimiento anticipado.

Conviene recordar pacífica y constante Jurisprudencia, que establece que se puede conculcar el art. 1214 del Código Civil «incumbe la carga de la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción, al que la opone», cuando a falta de pruebas, procedan de la parte que procedan, se aplican las consecuencias de dicha falta a persona distinta de la obligada a probar. Hay por ello, que determinar, quién debe probar, y siendo

²⁸⁴ SAP de Las Palmas (Sección 1ª.), de 25-5-1998 (Rollo de Apelación núm. 174/1998) (AC 1998\8852), F.D.2º.

lo cierto que está fuera de duda que quien alega la existencia de la cláusula de vencimiento anticipado, es la parte demandada, a ella le pecha la obligación de probar, lo que en ningún momento ha verificado (...). En su consecuencia, no habiendo el menor atisbo probatorio en este sentido, y como con acertado criterio se apunta en la instancia procedimental, con independencia de que en la práctica bancaria sea usual la fijación de una penalización económica por cancelación anticipada, no es menos cierto, que en virtud del principio de autonomía de la voluntad que proclama el art. 1255 del Código Civil, el banco tenía la facultad de excluir tal cláusula²⁸⁵.

2. Constitución de los depósitos documentados en las libretas: expedición de libreta a plazo con la simple mención de nombre propio e inicial del primer apellido del depositante.

2.1. Emisión en forma distinta a las condiciones insertas en la libreta por el propio banco.

En relación con el primero de los aspectos destacados, referido a que las libretas en las que sustenta el actor el derecho de crédito ejercitado estén aperturadas con las simples iniciales de su titular, lo que vulnera su carácter nominativo, ha de ratificarse, para el total rechazo del motivo de impugnación esgrimido, la doctrina ya expuesta por esta Sección a tal propósito, entre otras, en su sentencia de 19 de octubre de 1995, conforme a la cual «(...) No cabe entender que por haberse expedido la libreta a plazo con la simple mención de nombre propio e inicial del primer apellido del depositante, ésta pierda su fuerza de título legitimador del crédito conforme a su propio condicionado, que a excepción del particular referente a la forma de emisión, ha de entenderse

²⁸⁵ SAP de Barcelona (Sección 12ª.), de 22-7-1998 (Rollo de Apelación núm. 669/1998) (AC 1998\1342), F.D.2º.

plenamente vinculante, por más que al proceder así el señor Director que las expidió y el cliente que lo aceptó infringiesen las normas fiscales o las buenas prácticas y usos bancarios, lo que ninguna incidencia puede tener en el ámbito civil en que nos movemos y en las relaciones de esta naturaleza entre el depositante y el Banco, siendo de recordar que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, esa modificación de las condiciones de emisión de las libretas debe interpretarse como una cláusula particular que ha de prevalecer sobre la general referente a la emisión nominativa reflejada en el propio documento»²⁸⁶.

2.2. Actuación de director de la entidad crediticia como factor notorio: eficacia y vinculación de la entidad a la misma.

Y por lo que se refiere a la falta de vinculación de la entidad recurrente por los actos realizados por su empleado al proceder éste a la aceptación de las libretas mediante las simples iniciales, con patente transgresión de las facultades que tenía otorgadas, ha de recordarse que quien así actuó, director de una sucursal de la entidad crediticia, tiene la consideración de factor notorio en la celebración de tales operaciones de depósitos a plazo fijo, por lo que, en atención a lo previsto en el artículo 286 del Código de Comercio, su actuación surtió plena eficacia vinculante para la entidad a la que pertenecía, no obstante la extralimitación de sus facultades, al tener por objeto los contratos celebrados operaciones propias del giro o tráfico de la representada²⁸⁷.

²⁸⁶ SAP de Cantabria (Sección 2ª.), de 10-3-2000 (Recurso de Apelación núm. 644/1997) (AC 2000\4086), F.D.2º.

²⁸⁷ SAP de Cantabria (Sección 2ª.), de 10-3-2000 (Recurso de Apelación núm. 644/1997) (AC 2000\4086), F.D.2º.

2.3. Existencia y legitimidad de los créditos a su favor por éstas representados a favor del actor.

La posesión de las Libretas por el actor y la coincidencia de las iniciales con las suyas, además de las pruebas explícitamente aportadas sobre la amplia disponibilidad de fondos de que gozaba, acreditan la efectiva constitución de los depósitos documentados en las Libretas y la existencia y legitimidad de los créditos a su favor por éstas representados²⁸⁸.

3. Error en la forma de hacer efectiva la aportación a un Fondo de Inversión, mediante ingreso en efectivo, procedente de una imposición a plazo fijo, enmendado posteriormente.

Se ha venido poniendo de manifiesto por la doctrina que es práctica común de las entidades bancarias facilitar a sus clientes información de los movimientos habidos en sus cuentas de modo que los titulares de los depósitos puedan conocer detalladamente la evolución de éstos y plantear, en su caso, las objeciones que procedan, hasta el punto de que el silencio ha de entenderse como aquiescencia a la corrección de los sucesivos saldos que el banco va comunicando al cliente. Es una exigencia de la buena fe que, si el titular recibe información sobre los movimientos, denuncie con cierta prontitud cualquier incorrección que aprecie, con lo que, si no lo hace, queda vinculado por las afirmaciones hechas por la entidad bancaria en sus extractos, salvo que demuestre su incorrección²⁸⁹.

²⁸⁸ SAP de Cantabria (Sección 2ª.), de 10-3-2000 (Recurso de Apelación núm. 644/1997) (AC 2000\4086), F.D.3º.

²⁸⁹ SAP de Baleares (Sección 3ª.), de 29-11-2002 (Recurso núm. 549/2002) (JUR 2003\92185), F.D.3º.

4. Extracción de fondos de forma indebida por la entidad bancaria, para compensar deudas de los beneficiarios de la cuenta, sin la autorización de su único titular.

La sentencia de primera instancia accede a la acción principal contenida en la demanda, al considerar, esencialmente, que el verdadero titular de la expresada cuenta era únicamente el actor, el cual en ningún momento autorizó a la entidad depositaria a que pudiera hacer traspasos de dinero de esa cuenta con el fin de compensar alguna deuda que con ella pudieran tener los beneficiarios de la misma; el hecho de que otras tres personas aparezcan como titulares bancarios en la cuenta sólo supone una circunstancia operativa para la propia dinámica del contrato, pero ello sólo a los efectos de poder disponer de los fondos de la cuenta, pero en ningún caso significa que estas personas autoricen, al no aparecer su firma bajo la rúbrica de titular/es de la cuenta, a la entidad bancaria a efectuar tal compensación de fondos. La citada resolución desestima el pedimento de la actora referido a daños y perjuicios²⁹⁰.

5. Intereses moratorios: desde la fecha de los respectivos vencimientos de los depósitos.

Con independencia de la actuación seguida por el demandante, sólo a la entidad recurrente es imputable el retraso en el cumplimiento de sus obligaciones, a lo que venía compelida desde las respectivas fechas de vencimiento de las imposiciones a plazo fijo, que determinaban su exigibilidad y el necesario pago del crédito restitutorio, estando desde entonces incurso en mora, a lo que debe añadirse que el citado incumplimiento le ha permitido gozar de la disponibilidad de unos fondos más allá del tiempo convenido (...).

²⁹⁰ SAP de Ciudad Real (Sección 2ª.), de 28-10-1997 (Rollo de Apelación núm. 226/1997) (AC 1997\1989), F.D.2º.

*Por todo lo cual, procede rechazar en su integridad el recurso de apelación interpuesto, con total confirmación de la sentencia de instancia*²⁹¹.

6. Solicitud de nulidad de los actos de cancelación y disposición realizados por el banco, por falta de autorización: falta de expresión del carácter con que se abrieron.

6.1. Falta de titularidad material de los fondos por la actora.

Mantiene la apelante en el acto de la vista de esta alzada la revocación de la sentencia impugnada en base al carácter mancomunado del depósito a plazo fijo y cuenta corriente que junto con su difunta madre tenía abiertas en la entidad demandada, reclamando en definitiva la restitución de los fondos de dichas cuentas al considerar que tiene derecho a ello, aunque realmente la acción instrumentalizada para ello sea la de nulidad de los actos de cancelación y disposición realizados por el Banco por falta de autorización, esto es, por falta de consentimiento.

*La impugnación no puede prosperar y habrá de seguir ante esta Sala la misma suerte desestimatoria ya obtenida en la instancia, por los propios y acertados razonamientos mantenidos por el juez «a quo», que se dan aquí por reproducidos para evitar repeticiones innecesarias, así como por lo que expondremos a continuación para intentar explicar en definitiva la concurrencia de una falta de acción, por no ser la actora en absoluto titular del derecho a cuyo reconocimiento aspiraba*²⁹².

²⁹¹ SAP de Cantabria (Sección 2ª.), de 10-3-2000 (Recurso de Apelación núm. 644/1997) (AC 2000\4086), F.D.4º.

²⁹² SAP de Jaén (Sección 2ª.), de 8-5-2001 (Recurso de Apelación núm. 398/2000) (AC 2001\1639), F.D.1º.

6.2. Voluntad real de los contratantes respecto a su carácter indistinto.

De la testifical practicada y muy especialmente del testimonio del señor L. L. (folio 174) en relación con el doc. núm. 7 de la contestación (folio 72) entiende esta Sala, que el haber omitido los términos solidario o indistinta en orden a la titularidad de las cuentas, no impide considerar que esa fue la voluntad real de los contratantes y que así venía siendo conocido por la apelante, quien recibía la información del Banco de los movimientos correspondientes sin oponerse a ello, como recibió los extractos aportados como docs. núms. 1 y 2 de la demanda (...). Es claro, pues, que aun admitiendo la existencia de alguna irregularidad en su actuar por la entidad bancaria al aperturar las respectivas cuentas, éstas no se pueden considerar originadoras de nulidad alguna, pues en todo momento existió consentimiento de la propietaria de los fondos para las operaciones realizadas²⁹³.

C.- OPERACIONES NEUTRAS O DE GESTIÓN.

a) Mediación en los pagos.

a') *Crédito documentario.*

a'') *Doctrina jurisprudencial general.*

²⁹³ SAP de Jaén (Sección 2ª.), de 8-5-2001 (Recurso de Apelación núm. 398/2000) (AC 2001\1639), F.D.3º.

1. Concepto.

El profesor B. S., especializado en Derecho Bancario, en su obra «Los créditos documentarios» los define como «Todo convenio, cualquiera que sea su descripción o denominación, en cuya virtud un Banco, obrando a petición y de acuerdo con las peticiones de un cliente (ordenante) deberá efectuar un pago a un tercero (beneficiario), contra la entrega de determinados documentos, generalmente remitidos por otro Banco intermediario, siempre que las cláusulas estipuladas hayan sido cumplidas». Añade el tratadista citado, que conforme a las normas que los Bancos aplican en este tipo de crédito, el ordenante debe pasar al Banco emisor instrucciones suficientemente claras y completas al mismo tiempo que se obliga a reembolsar al Banco emisor, sin ninguna reserva, después de que éste haya cumplimentado las obligaciones de pago que ha contraído con el beneficiario mediante la apertura del crédito documentario²⁹⁴.

2. Naturaleza jurídica.

Los créditos documentarios son creación, relativamente reciente, de la práctica bancaria, y las normas reguladoras de los mismos son una recopilación de las reglas y usos que los Bancos aplican en la concesión y funcionamiento de los créditos que estudiamos, y precisamente la recopilación cuya revisión, efectuada en 1983, y que se conoce con el nombre de «Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios, aprobados por la Comisión de Técnicas y Prácticas Bancarias de la Cámara de Comercio Internacional (CII)», constituye la normativa vigente en la materia, siendo de advertir que si bien esa normativa no constituye Tratado Internacional, ni ha sido incorporada a la legislación española, el Tribunal Supremo, establece en

²⁹⁴ SAP de Zaragoza (Sección 5ª.), de 2-10-1996 (Rollo de Apelación núm. 231/1995) (AC 1996\1973), F.D.4º.

*Sentencias como la de fecha 14 marzo 1989 (RJ 1989\2043), que pueden ser incorporados a los contratos de crédito de ese tipo como condiciones generales de la contratación*²⁹⁵.

3. Pacto expreso de irrevocabilidad.

*Volviendo a lo que constituye la esencia de este recurso, el ya citado tratadista profesor B. S., basándose en el contenido de las «Reglas y Usos Uniformes, Texto Revisado de 1983» en especial en los artículos 7º. y 9º., de las mismas, deduce que los créditos documentarios pueden ser revocables, o irrevocables, y que si en el contrato que plasma la concesión de crédito a la importación, no se hace constar expresamente el carácter irrevocable del mismo se entenderá que es revocable a voluntad del «ordenante» del pago*²⁹⁶.

b") Juicio ejecutivo (nulidad, título sin fuerza ejecutiva): cantidad inexigible, de un contrato de concesión de crédito a la importación.

El recurso debe ser desestimado por las razones que seguidamente exponemos. Se trata de establecer si el pago efectuado por el «Banco (X)» al citado «Banco de Israel», por importe de 6.750 marcos alemanes, equivalentes a 570.733 pesetas, al ser luego cargado en la cuenta de crédito abierta por «Compañía Española de Distribución Textil», y generar en la misma saldo deudor, tiene fuerza ejecutiva frente a la entidad acreditada y sus fiadores en la póliza también demandados, tal como sustenta el Banco apelante, o carece de

²⁹⁵ SAP de Zaragoza (Sección 5ª.), de 2-10-1996 (Rollo de Apelación núm. 231/1995) (AC 1996\1973), F.D.4º.

²⁹⁶ SAP de Zaragoza (Sección 5ª.), de 2-10-1996 (Rollo de Apelación núm. 231/1995) (AC 1996\1973), F.D.4º.

ella tal como entendió el Juez «a quo» y fue determinante de que declarase la nulidad del juicio ejecutivo²⁹⁷.

(...) Y esto es lo sucedido en relación con el pago hecho a exportador extranjero por el «Banco (X)», entidad que incumplió las normas bancarias en cuanto hizo el pago sin haberse establecido previamente la irrevocabilidad del crédito documentario, e incluso contraviniendo la orden expresada de no pagar las mercancías importadas desde Israel, cursada, por escrito y por la «Compañía Española de Distribución Textil, SL», en atención al deficiente estado de la mercancía recibida, según consta al folio 93 de los autos²⁹⁸.

b') Tarjetas de crédito.

a") Contrato de afiliación al sistema de tarjeta: concepto y características.

Mediante el autodenominado «contrato de afiliación al sistema de tarjetas», el titular de un establecimiento contrae como obligación principal con un banco (que puede ser distinto del emisor), el aceptar las tarjetas del sistema (emitidas por cualquiera de los bancos franquiciados) que, titulares nacionales o extranjeros, les exhiban al realizar compras u obtener servicios, para pago de los mismos. El banco por su parte, se obliga a hacer efectivas tales facturaciones que presente el establecimiento previo un descuento pactado, siempre que se hayan cumplido las normas sobre uso de la tarjeta (comprobación de firma, de que la tarjeta no está en stop, etc.).

El establecimiento obtiene la ventaja de garantizar el cobro de sus facturas, a cuyo pago se obliga el banco, sin tener que facilitar crédito alguno al titular, ni correr con los riesgos derivados de ello, y además supone también

²⁹⁷ SAP de Zaragoza (Sección 5ª.), de 2-10-1996 (Rollo de Apelación núm. 231/1995) (AC 1996\1973), F.D.2º.

²⁹⁸ SAP de Zaragoza (Sección 5ª.), de 2-10-1996 (Rollo de Apelación núm. 231/1995) (AC 1996\1973), F.D.4º.

una ventaja al afiliarse a un sistema (el de la tarjeta) que potencia su posible clientela. El banco por su lado, se beneficia del descuento a su favor que practica al abonar la facturación.

El banco pagador al establecimiento de la facturación producida por las tarjetas, recabará a su vez, de los bancos emisores los importes de las facturas producidas por las tarjetas por cada una emitidas, abonando por ello una comisión conocida en los medios financieros como tasa de intercambio.

Y respecto de la tarjeta que se utiliza como medio esencial en el sistema operativo, conviene recordar que la normativa aplicable son las condiciones del contrato de afiliación al sistema operativo, que su titular es la persona tercera que pide servicios en este caso, que la oferta de servicios es la del propio contrato y la del vinculado a éste, que el servidor demandado responde por el uso indebido por no utilización de la tarjeta o de la «bacaladera», y que la entidad bancaria puede resolver los contratos y reclamado el saldo deudor si el cliente deja de satisfacer puntualmente sus obligaciones dinerarias o derivadas de la utilización del sistema operativo asumido voluntariamente, y que en este caso del que se ha beneficiado anterior y repetidamente²⁹⁹.

b") Intereses moratorios: pacto expreso entre las partes y consideración como interés normal dentro de los usos bancarios.

Este interés (moratorio) se encuentra expresamente pactado entre las partes. (...) Estos intereses constan en el condicionado expresamente firmado por el demandado en su parte anversa.

Si a ello se une "ex abundantia" que este interés al tipo de contrato que nos ocupa (VISA), no puede, con arreglo a los usos bancarios, considerarse abusivo, como tampoco que el demandado haya cumplido, siquiera

²⁹⁹ SAP de Baleares (Sección 5ª.), de 30-7-2002 (Recurso núm. 434/2002) (JUR 2002\271325), F.D.2º.

*parcialmente con su obligación de pago, conduce a la íntegra estimación de la demanda*³⁰⁰.

c") Prueba.

1. Acreditación de la realización de compras o utilización de servicios en base al contrato de Tarjeta de Compra existente.

*En consecuencia, al no haberse impugnado ese documento (listado de movimientos de la cuenta de la demandada), ni en su totalidad, ni en alguna de las compras que reflejaba, y admitiendo la demandada el impago, habrá que concluir que se ha acreditado el importe de la cantidad reclamada, viniendo aquélla obligada a su satisfacción, sin que sea óbice, en contra de lo que parece sostener la sentencia apelada, que no se le notificase la deuda contraída, porque no se pactó que fuese necesaria tal notificación para que naciese la obligación de pago, y aun cuando así hubiera sido, la propia demandada ha reconocido que cambió de domicilio sin comunicarlo a la entidad actora (posición 5ª.), razón por la cual no pudo llegar a su poder la carta enviada con tal fin, obrante al f. 16*³⁰¹.

2. Acreditación del suministro de gasolina, abonado con tarjeta de crédito: necesidad de aportar los documentos emitidos por las estaciones de servicio adheridas al sistema de tarjetas.

En el documento en que se recogen las condiciones generales del contrato se hace constar (cláusula 5ª.) que se facilita a la demandada el «Código-PIN» o

³⁰⁰ SAP de Barcelona (Sección 14ª.), de 27-5-2004 (JUR 2004\221158), F.D.3º.

³⁰¹ SAP de Barcelona (Sección 17ª.), de 7-9-1998 (Rollo de Apelación núm. 134/1998) (AC 1998\1826), F.D.2º.

número clave, que permitía el acceso a mercaderías y servicios y servirá según se indica en la cláusula 9 para identificar las órdenes de entrega que han de confirmar que se han recibido dichas mercancías y servicios; lo mismo sucederá con los datos registrados a través de la cinta magnética de la tarjeta, respecto al aprovisionamiento de gasolina.

Se está haciendo alusión en las cláusulas citadas a la forma de utilizar las tarjetas y concertar operaciones, de las cuales va a existir la debida constancia tanto para el establecimiento adherido como para el emisor de la tarjeta, al objeto de permitir la reclamación del pago de los servicios cuando éste no haya sido voluntariamente satisfecho por quienes han sido beneficiarios de los mismos.

Evidentemente dichas cláusulas son consecuencia de la Recomendación de la Unión Europea de 17 de noviembre de 1988, que a efectos de la debida protección e información de los consumidores, dispuso que en el plazo de 12 meses los emisores de tarjetas de crédito procurarían llevar registros internos suficientemente detallados en los que quedara constancia de las operaciones realizadas a través de las mismas, a cuyo fin deberían concertarse con los suministradores de sistemas sobre las medidas necesarias al respecto. Se añadía que en cualquier controversia con los titulares de las tarjetas correspondería al emisor la demostración de que la operación discutida había sido correctamente registrada y contabilizada no resultando afectada por alguna avería técnica o por cualquier otra anomalía.

Aun sin tener en cuenta esta Recomendación, o los pronunciamientos en análogo sentido el Servicio de Reclamaciones del Banco de España y del Código de Buenas Prácticas Bancarias de la Asociación de Banca Europea, resulta evidente que la norma sobre carga de la prueba contenida en el artículo 1214 del Código Civil imponía que la demandante se procurase y aportase con su demanda aquellos documentos emitidos por las estaciones de servicio adheridas a su sistema de tarjetas que han de calificarse de como imprescindible soporte de sus propias facturas que sí ha acompañado a la

*demanda, pero que sin dicho apoyo carecen de eficacia probatoria alguna, ante la impugnación llevada a cabo por la demandada*³⁰².

d”) Sustracción: adeudos por cargos procedentes de uso fraudulento o irregular de la Tarjeta Visa Oro.

1. Exención de responsabilidad del titular de la tarjeta: requisitos.

No comparte, tampoco, la Sala, la apreciación del Juzgador «a quo», en el sentido de estimar negligencia grave, y causa de exoneración a favor del Banco, dejar la tarjeta en el vehículo. Es ésta una cuestión no pacífica en la Jurisprudencia de las Audiencias, pues no supone la misma imprudencia dejarla a la vista, que guardada con otra documentación (...).

Y es que, a falta de regulación legal precisa –salvo la referencia a diligencia de un buen padre de familia, «ex» artículo 1104 del CC–, es difícil señalar cuándo puede haber negligencia, y de qué grado debe calificarse según el hecho en cuestión; el Anexo a la Recomendación 87/598 UE, se limita a señalar en su Disposición IV.3, que el consumidor titular de la tarjeta adoptará las medidas razonables para garantizar la seguridad de la tarjeta emitida. Mas, en contrapartida, ningún emisor de tarjeta facilita a su cliente, titular de dicho medio de pago, instrucciones precisas y detalladas, obtenidas a la luz de su indudable experiencia sobre la casuística de incidencias, sobre cómo comportarse, salvo lo relativo a aconsejar respecto a proteger el NIP, y no anotararlo junto a la propia tarjeta (...).

Volvemos a un hecho acreditado: la falta de similitud de las firmas de los recibos de las transacciones acompañados a autos, con la propia del titular de la tarjeta, cuestión que nunca puede pasarle por alto a su propio banco, una vez

³⁰² STS (Sala de lo Civil), de 21-12-2001 (Recurso de Casación núm. 2633/1996) (RJ 2001\10053), F.D.2º.

obtenida esa documentación, siendo un hecho, el de la falta de similitud de firma, además, recogido en dichos términos en la propia resolución de primer grado.

(...) Ese fallo en la red de seguridad del sistema, no cabe atribuirla, sin más, a negligencia del titular de la tarjeta que, consta que deja su vehículo debidamente cerrado –pues fue forzada la puerta delantera derecha para apropiarse de la documentación sustraída–, y, además, en el interior de un Parking público, y por tanto, se supone que vigilado, y, por consiguiente, no puede calificarse de «negligencia grave» sin más –ni, desde luego, tampoco cabe calificar su comportamiento de doloso por la expresada razón, en relación con el retraso en advertir la sustracción–³⁰³.

2. Responsabilidad de Visa y del Banco en 1/3, respectivamente, del total de responsabilidad sobre el perjuicio causado, sin perjuicio de sus propias acciones frente a los comerciantes adheridos al sistema.

Sin perjuicio de otras reclamaciones en procesos distintos, procede depurar la concurrencia de las conductas negligentes sometidas a estudio en autos, la del titular de la tarjeta, la del propio Banco emisor de la misma, y la del sistema Visa, que, a su vez, se entiende podrán ejercitar las acciones que les asistan frente a los comerciantes afiliados, no debiendo pechar con la totalidad de los perjuicios el cliente titular de la tarjeta, siendo oportuno, a criterio de esta Sala, y de ello se hará la oportuna repercusión a su momento, señalar que concurre 1/3 de responsabilidad en el titular de la tarjeta, y 2/3 en el Banco (X) y Visa, al no acreditar éstos haber actuado en forma tal que impidiese los fallos de seguridad en la parte que a los mismos afecta, ni constar vigencia contractual de otro tipo, concertada y vigente frente al titular de la tarjeta. Debe entenderse subsumida en el 1/3 del demandante, la suma

³⁰³ SAP de Castellón (Sección 2ª.), de 12-2-2000 (Recurso de Apelación núm. 286/1998) (AC 2000\753), F.D.5º.

*internacionalmente convenida de 25.000 pesetas, que en el ámbito europeo se configura como 150 euros, respecto a las operaciones de disposición ilegítimas efectuadas con la tarjeta*³⁰⁴.

e”) Titular de la tarjeta: asunción de importes por compras (burda imitación de la firma del titular en los establecimientos vendedores).

*Con todo ello, aunque el Director de la sucursal del «Banco (X)» de la localidad de Veguellina haya negado la versión de los titulares de la tarjeta litigiosa, lo cierto es que hay elementos suficientes para presumir que las compras realizadas con dicha tarjeta, utilizando una burda imitación de la firma de la señora S. en los establecimientos vendedores, se hicieron después de que la tarjeta fuera puesta a disposición del «Banco (X)». Por todo ello, el señor S. y la señora S. no deben asumir el importe de las compras realizadas con la tarjeta de la que fueron titulares los días 3 y 4 de junio de 1995, según lo así argumentado, igualmente, en la Sentencia apelada*³⁰⁵.

f”) Usura.

1. Falta de pacto de intereses usurarios.

La demandada se ha opuesto al pago de las cantidades reclamadas en concepto de intereses y comisión de devolución, con base en dos motivos: que en ningún momento pactó tales intereses y comisión, los cuales vienen especificados entre las condiciones generales que no forman parte del contrato

³⁰⁴ SAP de Castellón (Sección 2ª.), de 12-2-2000 (Recurso de Apelación núm. 286/1998) (AC 2000\753), F.D.5º.

³⁰⁵ SAP de León (Sección 2ª.), de 10-7-1999 (Recurso de Apelación núm. 679/1998) (AC 1999\7334), F.D.2º.

suscrito; y que, en cualquier caso, dichos intereses son desproporcionados en relación al interés legal vigente, lo que implicaría la nulidad del contrato.

En relación a la primera alegación se ha de señalar que si bien el importe de tales intereses (1,85% mensual sobre el importe aplazado en cuanto a los intereses ordinarios, y en caso de impago, intereses de demora al 2,5% mensual, y comisión de devolución del 3%) no se hallan especificados en el contrato, en éste se aceptó expresamente por la demandada el contenido de las condiciones generales mediante la estampación de una firma bajo la cláusula en que se hacía referencia a las mismas, por lo que no habiéndose probado que concurriese un vicio de la voluntad, o que las condiciones generales a que aquél hacía referencia fuesen otras que las aportadas por la actora, prueba que incumbía a la demandada, habrá que concluir que las mismas le vinculan (art. 1258 del Código Civil)³⁰⁶.

2. Inexistencia de situación de angustia.

Por lo que se refiere a la supuesta nulidad del contrato, no se ha alegado causa alguna de la cual pudiera derivarse aquélla, pues no lo es que los intereses pactados sean superiores al interés legal del dinero.

La Ley 23 julio 1908, de represión de la usura declaró nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia, o de lo limitado de sus facultades mentales.

Al interpretar este precepto, la jurisprudencia, debido al tratamiento restrictivo de la nulidad usuraria que la inflación determina, ha requerido no solamente la existencia de interés pactado, sino también que éste resulte

³⁰⁶ SAP de Barcelona (Sección 17ª.), de 7-9-1998 (Rollo de Apelación núm. 134/1998) (AC 1998\1826), F.D.3º.

normalmente excesivo y aceptado por el prestatario a causa exclusivamente de situación angustiosa [S. 8 octubre 1981 (RJ 1981\3589)]. Por ello, al no concurrir el segundo de los requisitos enunciados, ni siquiera procede entrar a valorar si los intereses eran excesivos³⁰⁷.

³⁰⁷ SAP de Barcelona (Sección 17ª.), de 7-9-1998 (Rollo de Apelación núm. 134/1998) (AC 1998\1826), F.D.4º.

SECCIÓN 2ª. SERVICIO DE RECLAMACIONES DEL BANCO DE ESPAÑA.
(Malas prácticas bancarias-Informes favorables al reclamante)

I.- OPERACIONES ACTIVAS.

A.- ACTUACIÓN UNILATERAL DE LA ENTIDAD.

- Actuación unilateral en relación con diversos aspectos³⁰⁸.
- Cancelación o modificación unilateral de condiciones aplicables a las operaciones³⁰⁹.
- Compensación incorrecta de posiciones deudoras y acreedoras³¹⁰.

B.- COMISIONES.

- Adeudo de comisiones que no corresponden a la prestación de un servicio efectivo³¹¹.
- Cargo de comisión no prevista contractualmente³¹².
- Cobro de comisiones desproporcionadas³¹³.
- Cobro de comisiones indebidas, por diversos motivos³¹⁴.

³⁰⁸ MSRBE 2003.

³⁰⁹ MSRBE 2003.

³¹⁰ MSRBE 1996.

³¹¹ MSRBE 2003.

³¹² MSRBE 1996.

³¹³ MSRBE 1996.

- Cobro de comisiones o gastos indebidos, por diversos motivos³¹⁵.
- Cobro de comisiones no incluidas en los folletos de tarifas registrados en el Banco de España o por cuantía superior a la tarifada³¹⁶.
- Cobro de comisiones no incluidas en las tarifas registradas en el Banco de España³¹⁷.
- Cobro de comisiones no tarifadas o por cuantía superior a la tarifada³¹⁸.
- Cobro de comisiones no previstas contractualmente o por importe superior al pactado³¹⁹.
- Cobro de comisiones o gastos no previstos contractualmente³²⁰.
- Cobro de comisiones por cancelación anticipada de préstamos hipotecarios a interés fijo, por importe superior al aconsejado por el Gobierno en su declaración de octubre de 1996³²¹.
- Cobro de comisiones por cuantía superior a la fijada legalmente³²².
- Cobro de comisiones por cuantía superior a la tarifada³²³.
- Cobro duplicado de comisión³²⁴.
- Cobro extemporáneo de comisiones³²⁵.
- Falta de transparencia en el cobro de comisiones o gastos³²⁶.
- Falta de transparencia en el establecimiento o cobro de comisiones³²⁷.

³¹⁴ MSRBE 1999.

³¹⁵ MSRBE 2003.

³¹⁶ MSRBE 1997.

³¹⁷ MSRBE 1996.

³¹⁸ MSRBE 2000.

³¹⁹ MSRBE 2003.

³²⁰ MSRBE 2002.

³²¹ MSRBE 2000.

³²² MSRBE 2002.

³²³ MSRBE 1999.

³²⁴ MSRBE 1996.

³²⁵ MSRBE 1998.

³²⁶ MSRBE 2003.

³²⁷ MSRBE 1996.

- Gastos provocados por diversas modificaciones acaecidas en la entidad prestamista³²⁸.
- Gastos provocados por diversas modificaciones, de carácter interno, acaecidas en la entidad prestamista³²⁹.

C.- CONDICIONES CONTRACTUALES.

- Cálculo incorrecto de las cuotas periódicas de amortización de un préstamo³³⁰.
- Cláusulas contractuales oscuras o confusas³³¹.
- Condiciones contractuales contradictorias o confusas³³².
- Condiciones contractuales que no coinciden con lo ofrecido por las entidades³³³.
- Disposiciones en cuenta de crédito por persona no autorizada³³⁴.
- Inclusión en el contrato de una cláusula que comporta un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes³³⁵.
- Interpretación incorrecta de cláusula contractual³³⁶.
- Interpretación unilateral de cláusulas contractuales³³⁷.
- La entidad no actúa conforme a lo establecido en las condiciones contractuales³³⁸.

³²⁸ MSRBE 1996.

³²⁹ MSRBE 1999.

³³⁰ MSRBE 2001.

³³¹ MSRBE 2003.

³³² MSRBE 1996.

³³³ MSRBE 2003.

³³⁴ MSRBE 1997.

³³⁵ MSRBE 1998.

³³⁶ MSRBE 1996.

³³⁷ MSRBE 2003.

- Préstamos a interés variable referenciados a tipos obsoletos³³⁹.
- Préstamos referenciados a tipos obsoletos³⁴⁰.

D.- FALTA DE DILIGENCIA.

- Comisión de errores de diversa índole y retraso en corregirlos³⁴¹.
- Comisión reiterada de errores de diversa índole y retraso en corregirlos³⁴².
- Demora injustificada en el cumplimiento de órdenes de sus clientes³⁴³.
- Falta de diligencia en el seguimiento de créditos frente a clientes³⁴⁴.
- Falta de diligencia en la tramitación de operaciones diversas³⁴⁵.
- Repercusión de errores a los reclamantes³⁴⁶.

E.- INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN.

- Defectos de información en el documento contractual³⁴⁷.
- Defectos de información en los documentos de liquidación periódicos³⁴⁸.
- Extravío de documento contractual³⁴⁹.

³³⁸ MSRBE 1996.

³³⁹ MSRBE 1998.

³⁴⁰ MSRBE 1999.

³⁴¹ MSRBE 1996.

³⁴² MSRBE 2003.

³⁴³ MSRBE 2003.

³⁴⁴ MSRBE 1998.

³⁴⁵ MSRBE 2003.

³⁴⁶ MSRBE 1999.

³⁴⁷ MSRBE 2000.

³⁴⁸ MSRBE 1996.

³⁴⁹ MSRBE 1998.

- Falta de entrega al cliente del documento contractual³⁵⁰.
- Falta de formalización, extravío o falta de entrega al cliente del documento contractual³⁵¹.
- Información deficiente en relación con diversos aspectos³⁵².
- Información deficiente o errónea en los documentos de liquidación de operaciones³⁵³.
- Información deficiente o errónea en relación con el tipo de interés aplicable a las operaciones de financiación³⁵⁴.
- Información deficiente o errónea en relación con los gastos derivados de operaciones de financiación³⁵⁵.
- Información deficiente o errónea y falta de entrega de los documentos de liquidación de operaciones³⁵⁶.
- Información deficiente o falta de entrega de los documentos de liquidación de operaciones³⁵⁷.

F.- INTERESES.

- Adeudo de intereses de demora durante el proceso de renovación de operaciones de crédito³⁵⁸.
- Aplicación de tipos diferentes a los de referencia pactados³⁵⁹.

³⁵⁰ MSRBE 2003.

³⁵¹ MSRBE 2000.

³⁵² MSRBE 2003.

³⁵³ MSRBE 2003.

³⁵⁴ MSRBE 2003.

³⁵⁵ MSRBE 2003.

³⁵⁶ MSRBE 1998.

³⁵⁷ MSRBE 1997.

³⁵⁸ MSRBE 2003.

³⁵⁹ MSRBE 1996.

- Aplicación incorrecta de los tipos de referencia pactados³⁶⁰.
- Cálculo de la cuota mensual mediante un sistema desaconsejado por el Banco de España³⁶¹.
- Cobro de intereses indebidos³⁶².
- Deficiencias en la comunicación al interesado de las variaciones en el tipo de interés³⁶³.
- Falta de comunicación al interesado de las variaciones en el tipo de interés(o demora en comunicarlas)³⁶⁴.
- Falta de revisión de préstamo a interés variable³⁶⁵.

G.- LEY DE CRÉDITO AL CONSUMO.

- Incidencias en la formalización de créditos al consumo³⁶⁶.

H.- PRÉSTAMOS SUBVENCIONADOS.

- Cancelación anticipada de préstamos motivada por la imposibilidad de que la entidad prestamista hiciese efectiva la subsidiación reconocida por la Administración competente³⁶⁷.

³⁶⁰ MSRBE 2003.

³⁶¹ MSRBE 1996.

³⁶² MSRBE 2003.

³⁶³ MSRBE 1996.

³⁶⁴ MSRBE 2000.

³⁶⁵ MSRBE 1997.

³⁶⁶ MSRBE 2003.

³⁶⁷ MSRBE 1997.

- Falta de diligencia en la tramitación de expedientes de subsidiación de tipos de interés³⁶⁸.
- Falta de diligencia en la tramitación de operaciones³⁶⁹.
- Falta de diligencia o falta de información en relación con diversos aspectos³⁷⁰.
- Falta de información sobre la imposibilidad de conceder préstamos con subsidiación de tipos de interés³⁷¹.
- Información³⁷².

I.- SUBROGACIONES Y NOVACIONES. Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

- Aplicación de las normas de valoración del anexo IV de la Circular n.º 8/1990 a los medios de pago utilizados en la subrogación o cobro de intereses indebidos³⁷³.
- Demora en hacer efectiva una subrogación³⁷⁴.
- Información deficiente sobre la posibilidad o no de novar un crédito con garantía hipotecaria³⁷⁵.
- Falta de diligencia en relación con diversos aspectos³⁷⁶.
- Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios³⁷⁷.

³⁶⁸ MSRBE 1997.

³⁶⁹ MSRBE 2003.

³⁷⁰ MSRBE 2001.

³⁷¹ MSRBE 1997.

³⁷² MSRBE 2003.

³⁷³ MSRBE 2003.

³⁷⁴ MSRBE 1996.

³⁷⁵ MSRBE 1997.

³⁷⁶ MSRBE 1997.

- Otras actuaciones incorrectas relacionadas con subrogaciones o novaciones³⁷⁸.

II.- OPERACIONES PASIVAS.

A.- COMISIONES.

- Adeudo de comisión de descubierto superior a la pactada en el contrato³⁷⁹.
- Adeudo de comisión de mantenimiento de cuenta abierta por exigencia de la entidad³⁸⁰.
- Adeudo de comisión por importe superior al pactado o al tarifado³⁸¹.
- Adeudo de comisión por importe superior al que resulta de las tarifas³⁸².
- Adeudo de comisiones de mantenimiento, administración y descubierto, no previstas contractualmente³⁸³.
- Adeudo de comisiones de mantenimiento superiores a las pactadas en los contratos³⁸⁴.
- Adeudo de comisiones superiores a las pactadas en los contratos³⁸⁵.
- Adeudo de comisiones superiores a las tarifadas³⁸⁶.

³⁷⁷ MSRBE 1996.

³⁷⁸ MSRBE 2003.

³⁷⁹ MSRBE 2000.

³⁸⁰ MSRBE 1996.

³⁸¹ MSRBE 1996.

³⁸² MSRBE 1997.

³⁸³ MSRBE 2003.

³⁸⁴ MSRBE 2000.

³⁸⁵ MSRBE 1999.

- Adeudo de otras comisiones no previstas en el contrato³⁸⁷.
- Adeudo por vez primera de comisiones de mantenimiento o administración no previstas contractualmente³⁸⁸.
- Aplicación de condiciones diferentes a las pactadas en los contratos³⁸⁹.
- Aplicación incorrecta de la tarifa de comisiones³⁹⁰.
- Cálculo incorrecto de la comisión de administración³⁹¹.
- Cálculo incorrecto de la comisión de mantenimiento³⁹².
- Cargo de comisión de descubierto por valoración³⁹³.
- Cobro de comisión de descubierto por valoración³⁹⁴.
- Cobro de comisión por descubierto inexistente³⁹⁵.
- Cobro de comisión por ingresar dinero en sucursal distinta a la propia³⁹⁶.
- Cobro de comisión por reintegrar dinero en sucursal distinta a la propia³⁹⁷.
- Cobro de comisión a quien se limitó a disponer de su dinero³⁹⁸.
- Cobro de comisiones a quienes se limitaron a disponer de su dinero³⁹⁹.
- Cobro de comisiones, desconociendo la propia entidad el concepto a que corresponde⁴⁰⁰.
- Cobro de comisiones desproporcionadas o no equitativas⁴⁰¹.

³⁸⁶ MSRBE 2000.

³⁸⁷ MSRBE 1997.

³⁸⁸ MSRBE 1996.

³⁸⁹ MSRBE 2003.

³⁹⁰ MSRBE 1999.

³⁹¹ MSRBE 1999.

³⁹² MSRBE 2001.

³⁹³ MSRBE 1996.

³⁹⁴ MSRBE 2002.

³⁹⁵ MSRBE 2000.

³⁹⁶ MSRBE 2001.

³⁹⁷ MSRBE 1998.

³⁹⁸ MSRBE 1999.

³⁹⁹ MSRBE 2000.

⁴⁰⁰ MSRBE 1998.

⁴⁰¹ MSRBE 1996.

- Cobro de comisiones indebidas, por diversos motivos⁴⁰².
- Cobro de comisiones por ingresar dinero en cuenta de un tercero⁴⁰³.
- Cobro de comisiones que no corresponden a la prestación de un servicio efectivo⁴⁰⁴.
- Cobro de comisiones no tarifadas⁴⁰⁵.
- Comisión por la reclamación de descubiertos⁴⁰⁶.
- Comisiones de mantenimiento en cuenta abierta por exigencia de la entidad⁴⁰⁷.
- Comisiones de mantenimiento en cuentas inactivas⁴⁰⁸.
- El contrato no cuantifica las comisiones de mantenimiento aplicadas. Remisión genérica a tarifas⁴⁰⁹.
- Falta de transparencia en el cobro de comisiones⁴¹⁰.
- Inclusión en el contrato de cláusulas contradictorias en relación con la comisión por cancelación anticipada de un depósito a plazo⁴¹¹.
- Incumplimiento del procedimiento de modificación de comisiones establecido en el contrato, o el contrato no recoge tal procedimiento⁴¹².
- Penalización por la cancelación anticipada de depósitos a plazo⁴¹³.
- Penalización por cancelación anticipada de depósito a plazo de cuantía superior a los intereses devengados⁴¹⁴.

⁴⁰² MSRBE 2003.

⁴⁰³ MSRBE 2000.

⁴⁰⁴ MSRBE 1996.

⁴⁰⁵ MSRBE 2001.

⁴⁰⁶ MSRBE 2003.

⁴⁰⁷ MSRBE 2003.

⁴⁰⁸ MSRBE 1999.

⁴⁰⁹ MSRBE 1997.

⁴¹⁰ MSRBE 1997.

⁴¹¹ MSRBE 1998.

⁴¹² MSRBE 1998.

⁴¹³ MSRBE 2003.

⁴¹⁴ MSRBE 1997.

B.- CONDICIONES CONTRACTUALES.

- Actuación incorrecta ante las instrucciones contradictorias de los cotitulares de un depósito⁴¹⁵.
- Apertura de cuentas o autorizaciones de disposición sin cumplir las formalidades necesarias⁴¹⁶.
- Cláusula contractual confusa y contradictoria⁴¹⁷.
- Descubierta ocasionado por el autorizado de una cuenta⁴¹⁸.
- Disposición por cotitular en depósito indistinto: negativa a permitirla⁴¹⁹.
- Disposiciones en cuentas mancomunadas sin concurrir las firmas necesarias⁴²⁰.
- Disposiciones de cuentas sin concurrir las firmas necesarias⁴²¹.
- El contrato no recoge el procedimiento de modificación del tipo de interés⁴²².
- Extinción de depósitos o modificación de sus condiciones contractuales sin concurrir el consentimiento de todos los contratantes o a instancia de personas no legitimadas⁴²³.
- Incorrecta disposición de depósito⁴²⁴.
- Interpretación de las cláusulas de un contrato, por parte de la entidad, del modo más favorable a sus intereses⁴²⁵.
- Interpretación unilateral de cláusulas contractuales⁴²⁶.

⁴¹⁵ MSRBE 1998.

⁴¹⁶ MSRBE 2003.

⁴¹⁷ MSRBE 1999.

⁴¹⁸ MSRBE 1998.

⁴¹⁹ MSRBE 1997.

⁴²⁰ MSRBE 1997.

⁴²¹ MSRBE 2003.

⁴²² MSRBE 1999.

⁴²³ MSRBE 2003.

⁴²⁴ MSRBE 1996.

⁴²⁵ MSRBE 1997.

⁴²⁶ MSRBE 2002.

- Modificaciones contractuales operadas sin concurrir el consentimiento de todos los contratantes⁴²⁷.
- Negativa a permitir la disposición de un depósito al titular⁴²⁸.
- Negativa a permitir un reintegro de fondos al administrador de una sociedad⁴²⁹.
- Reintegros de fondos sin observar las formalidades requeridas en el contrato⁴³⁰.
- Servicio de caja en el contrato de cuenta corriente bancaria⁴³¹.

C.- DISCREPANCIAS SOBRE APUNTES EN CUENTA.

- Actuación incorrecta en embargos de cuentas⁴³².
- Actuación incorrecta en relación con depósito nocturno⁴³³.
- Actuación unilateral de las entidades⁴³⁴.
- Actuación unilateral de la entidad: compensación entre posiciones deudoras y acreedoras de clientes⁴³⁵.
- Actuación unilateral relacionada con bloqueos de cuentas⁴³⁶.
- Adeudos en cuenta corriente contraviniendo la orden expresa de su titular⁴³⁷.
- Adeudo en cuenta de supuestas deudas antiguas⁴³⁸.

⁴²⁷ MSRBE 1998.

⁴²⁸ MSRBE 1996.

⁴²⁹ MSRBE 1998.

⁴³⁰ MSRBE 1997.

⁴³¹ MSRBE 1997.

⁴³² MSRBE 2003.

⁴³³ MSRBE 1997.

⁴³⁴ MSRBE 2003.

⁴³⁵ MSRBE 1996.

⁴³⁶ MSRBE 1997.

⁴³⁷ MSRBE 1996.

⁴³⁸ MSRBE 1999.

- Adeudos en cuenta para corregir abonos anteriores⁴³⁹.
- Adeudo en cuenta para corregir abonos indebidos⁴⁴⁰.
- Adeudo en descubierto de pensiones indebidas, reclamadas por la Seguridad Social⁴⁴¹.
- Aplicación de fondos a finalidad distinta de la indicada⁴⁴².
- Bloqueo de cuentas⁴⁴³.
- Cancelación o modificación unilateral de cuentas, sin preaviso⁴⁴⁴.
- Cancelación unilateral de cuentas⁴⁴⁵.
- Cancelación unilateral de cuentas o de servicios anexos⁴⁴⁶.
- Cargos en cuenta no autorizados por el cliente⁴⁴⁷.
- Compensación improcedente de posiciones deudoras y acreedoras de clientes⁴⁴⁸.
- Disposiciones de fondos por persona no autorizada⁴⁴⁹.
- Disposiciones en cajero con libreta⁴⁵⁰.
- Incorrecta actuación en embargo de cuenta⁴⁵¹.
- Incumplimiento de órdenes de clientes⁴⁵².
- La entidad no cumplimenta todas las formalidades exigibles para verificar la regularidad de unos reintegros⁴⁵³.

⁴³⁹ MSRBE 1996.

⁴⁴⁰ MSRBE 2003.

⁴⁴¹ MSRBE 1996.

⁴⁴² MSRBE 1996.

⁴⁴³ MSRBE 2003.

⁴⁴⁴ MSRBE 1996.

⁴⁴⁵ MSRBE 2003.

⁴⁴⁶ MSRBE 2001.

⁴⁴⁷ MSRBE 2003.

⁴⁴⁸ MSRBE 2003.

⁴⁴⁹ MSRBE 1996.

⁴⁵⁰ MSRBE 2003.

⁴⁵¹ MSRBE 1996.

⁴⁵² MSRBE 2003.

⁴⁵³ MSRBE 2002.

- Negativa a permitir disposiciones de cuentas, por fallecimiento de algún cotitular⁴⁵⁴.
- Otras actuaciones incorrectas en la compensación de saldos⁴⁵⁵.
- Otras actuaciones incorrectas relacionadas con el fallecimiento de titulares de depósitos⁴⁵⁶.
- Rectificación de ingresos en base a la existencia de presuntos errores no acreditados⁴⁵⁷.
- Retrocesión de ingreso en cuenta a instancia de la persona que lo realizó⁴⁵⁸.

D.- FALTA DE DILIGENCIA.

- Comisión reiterada de errores⁴⁵⁹.
- Comisión reiterada de errores o retraso en corregirlos⁴⁶⁰.
- Demora en cancelar una cuenta⁴⁶¹.
- Demora en el abono de intereses pactados⁴⁶².
- Demora en rectificar errores⁴⁶³.
- Disposiciones en cajero con libreta⁴⁶⁴.
- Falta de diligencia en la comprobación de la identidad del disponente⁴⁶⁵.
- Falta de diligencia en la comprobación de la regularidad de unas firmas⁴⁶⁶.

⁴⁵⁴ MSRBE 2003.

⁴⁵⁵ MSRBE 2001.

⁴⁵⁶ MSRBE 2003.

⁴⁵⁷ MSRBE 1996.

⁴⁵⁸ MSRBE 1997.

⁴⁵⁹ MSRBE 2003.

⁴⁶⁰ MSRBE 2001.

⁴⁶¹ MSRBE 1999.

⁴⁶² MSRBE 2000.

⁴⁶³ MSRBE 1997.

⁴⁶⁴ MSRBE 2000.

⁴⁶⁵ MSRBE 1996.

- Falta de diligencia en la tramitación de operaciones⁴⁶⁷.
- Falta de diligencia: errores⁴⁶⁸.
- La entidad reclama un descubierto en una cuenta varios años después de la fecha en que se había originado⁴⁶⁹.
- Repercusión de errores a los reclamantes⁴⁷⁰.

E.- INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN.

- Actuaciones incorrectas relacionadas con la información que se debe facilitar sobre cuentas de titulares que hayan fallecido⁴⁷¹.
- Adeudo en descubierto de pensiones indebidas, reclamadas por la Seguridad Social⁴⁷².
- Contratos no adaptados a la vigente normativa⁴⁷³.
- Defectos de información en el documento contractual⁴⁷⁴.
- Deficiente información sobre autorización para disponer⁴⁷⁵.
- Deficiente información sobre ciertas condiciones de un depósito⁴⁷⁶.
- Deficiente información sobre cuenta de titular fallecido⁴⁷⁷.
- Deficiente información sobre las consecuencias de disponer de ciertos depósitos⁴⁷⁸.

⁴⁶⁶ MSRBE 1998.

⁴⁶⁷ MSRBE 2003.

⁴⁶⁸ MSRBE 1996.

⁴⁶⁹ MSRBE 1997.

⁴⁷⁰ MSRBE 1997.

⁴⁷¹ MSRBE 2003.

⁴⁷² MSRBE 1998.

⁴⁷³ MSRBE 2003.

⁴⁷⁴ MSRBE 2000.

⁴⁷⁵ MSRBE 1996.

⁴⁷⁶ MSRBE 1996.

⁴⁷⁷ MSRBE 1996.

- Deficiente información sobre liquidaciones⁴⁷⁹.
- Deficiente información sobre liquidaciones de cuenta⁴⁸⁰.
- Deficiente información sobre los apuntes practicados en cuenta⁴⁸¹.
- Documentos contractuales de operaciones pasivas: falta de formalización o de conservación⁴⁸².
- Documentos contractuales de operaciones pasivas: falta de formalización, custodia o entrega al cliente⁴⁸³.
- Falta de claridad en la documentación formalizada, relativa a la condición (titular o autorizado) de una persona⁴⁸⁴.
- Falta de claridad y transparencia en los contratos formalizados⁴⁸⁵.
- Falta de conservación de documentación sobre condiciones de disposición de cuenta⁴⁸⁶.
- Falta de entrega al cliente del documento contractual⁴⁸⁷.
- Falta de formalización de contrato sobre ingresos «salvo recuento»⁴⁸⁸.
- Falta de formalización de los documentos de reintegro o de traspaso de fondos⁴⁸⁹.
- Falta de formalización de los documentos justificativos de las operaciones efectuadas con libreta⁴⁹⁰.
- Falta de información a los interesados sobre los embargos ordenados por la Administración⁴⁹¹.

⁴⁷⁸ MSRBE 1996.

⁴⁷⁹ MSRBE 2001.

⁴⁸⁰ MSRBE 1999.

⁴⁸¹ MSRBE 1996.

⁴⁸² MSRBE 2003.

⁴⁸³ MSRBE 1997.

⁴⁸⁴ MSRBE 1998.

⁴⁸⁵ MSRBE 2003.

⁴⁸⁶ MSRBE 2000.

⁴⁸⁷ MSRBE 2000.

⁴⁸⁸ MSRBE 2000.

⁴⁸⁹ MSRBE 2001.

⁴⁹⁰ MSRBE 2003.

- Falta de información, o información deficiente, respecto a diversos aspectos⁴⁹².
- Falta de información sobre apuntes en cuentas⁴⁹³.
- Falta de información sobre la apertura de unas cuentas a nombre de las representadas (hijas) de la reclamante⁴⁹⁴.
- Falta de información sobre la cantidad necesaria para cancelar una cuenta con saldo deudor⁴⁹⁵.
- Falta de información sobre movimientos o saldos en cuentas⁴⁹⁶.
- Falta de información sobre pensiones cobradas indebidamente, reclamadas por la Seguridad Social⁴⁹⁷.
- Formalización de documentos que no se corresponden con las operaciones realizadas⁴⁹⁸.
- Información errónea o falta de información sobre movimientos o saldos en cuentas⁴⁹⁹.
- La entidad no cumplimenta todas las formalidades exigibles para verificar la regularidad de unos reintegros de una libreta de ahorros⁵⁰⁰.
- Los contratos formalizados no ofrecían la información exigida por la normativa para conocer la rentabilidad de las operaciones⁵⁰¹.
- Los contratos formalizados no reúnen todos los requisitos exigidos por la normativa⁵⁰².

⁴⁹¹ MSRBE 2003.

⁴⁹² MSRBE 2003.

⁴⁹³ MSRBE 1997.

⁴⁹⁴ MSRBE 1997.

⁴⁹⁵ MSRBE 1997.

⁴⁹⁶ MSRBE 2002.

⁴⁹⁷ MSRBE 2003.

⁴⁹⁸ MSRBE 1998.

⁴⁹⁹ MSRBE 2003.

⁵⁰⁰ MSRBE 1998.

⁵⁰¹ MSRBE 2003.

⁵⁰² MSRBE 2000.

- Modificación del domicilio de un cliente en los archivos de la entidad, sin orden del interesado⁵⁰³.
- Negativa a exhibir copia de un contrato⁵⁰⁴.
- Reintegro de efectivo sin la presentación de la libreta de ahorros⁵⁰⁵.

F.- INTERESES.

- Base de cálculo errónea en la liquidación de intereses de descubierto⁵⁰⁶.
- Descubiertos en cuenta liquidados a un tipo superior al procedente⁵⁰⁷.
- Falta de claridad en relación con el tipo aplicable a un depósito⁵⁰⁸.
- Falta de comunicación de la rebaja del tipo de interés⁵⁰⁹.
- Intereses de descubierto incorrectos⁵¹⁰.
- La entidad no abona los intereses pactados⁵¹¹.
- Los períodos de liquidación de cuenta no se ajustan a lo estipulado⁵¹².
- Los períodos de liquidación de unos depósitos no se ajustan a lo estipulado⁵¹³.
- Modificación del tipo de interés sin observar el procedimiento establecido en el contrato⁵¹⁴.

⁵⁰³ MSRBE 1997.

⁵⁰⁴ MSRBE 1996.

⁵⁰⁵ MSRBE 1999.

⁵⁰⁶ MSRBE 1997.

⁵⁰⁷ MSRBE 1997.

⁵⁰⁸ MSRBE 1998.

⁵⁰⁹ MSRBE 1998.

⁵¹⁰ MSRBE 1996.

⁵¹¹ MSRBE 2003.

⁵¹² MSRBE 1996.

⁵¹³ MSRBE 1999.

⁵¹⁴ MSRBE 2003.

- Rebaja de tipo de interés en otros depósitos, sin respetar el procedimiento pactado en contrato⁵¹⁵.

G.- LEY DE CRÉDITO AL CONSUMO.

- La TAE del descubierto excede del límite del artículo 19.4⁵¹⁶.

H.- PUBLICIDAD.

- Incidencias en relación con la publicidad de productos bancarios⁵¹⁷.

I.- VALORACIÓN.

- Incorrecta valoración de apuntes en cuenta⁵¹⁸.
- La entidad no hace coincidir la fecha valor de dos apuntes de signo contrario⁵¹⁹.
- Valoración indebida de apuntes de rectificación⁵²⁰.

⁵¹⁵ MSRBE 1997.

⁵¹⁶ MSRBE 2003.

⁵¹⁷ MSRBE 2002.

⁵¹⁸ MSRBE 2003.

⁵¹⁹ MSRBE 1996.

⁵²⁰ MSRBE 2001.

III.- TRANSFERENCIAS.

A.- COMISIONES.

- Adeudo de comisiones improcedentes por diversos motivos⁵²¹.
- Cobro de comisiones desproporcionadas⁵²².
- Cobro de comisiones indebidas⁵²³.
- Cobro improcedente de comisión⁵²⁴.
- Cobro indebido de comisión⁵²⁵.
- Cobro indebido de gastos⁵²⁶.
- Falta de transparencia en el cobro de comisiones⁵²⁷.
- Falta de transparencia en el cobro de gastos⁵²⁸.
- La comisión aplicada no responde a la operación realmente ordenada⁵²⁹.
- La comisión aplicada no responde a la operación realmente realizada⁵³⁰.
- La comisión aplicada no responde a un servicio solicitado por el cliente⁵³¹.
- Ley 9/1999, de 12 de abril, por la que se regula el Régimen Jurídico de las Transferencias entre Estados miembros de la Unión Europea⁵³².

⁵²¹ MSRBE 2003.

⁵²² MSRBE 2000.

⁵²³ MSRBE 2000.

⁵²⁴ MSRBE 1996.

⁵²⁵ MSRBE 1998.

⁵²⁶ MSRBE 1998.

⁵²⁷ MSRBE 2000.

⁵²⁸ MSRBE 1997.

⁵²⁹ MSRBE 1999.

⁵³⁰ MSRBE 1997.

⁵³¹ MSRBE 1998.

⁵³² MSRBE 2003.

B.- DISCREPANCIAS SOBRE APUNTES EN CUENTA.

- Abono de transferencia a persona distinta de la indicada en la orden⁵³³.
- Abono de transferencia en cuenta de la que la beneficiaria no era titular⁵³⁴.
- Abono de transferencia en cuenta distinta a la del beneficiario⁵³⁵.
- Abono de transferencia en cuenta distinta de la indicada en la orden⁵³⁶.
- Actuación unilateral: compensación de transferencias con otras posiciones⁵³⁷.
- Ejecución de transferencia sin mediar el consentimiento del titular de la cuenta⁵³⁸.
- Falta de autorización en la realización de transferencias⁵³⁹.
- Incumplimiento de órdenes⁵⁴⁰.
- Las instrucciones cursadas no obtienen el resultado pretendido⁵⁴¹.
- Operativa inadecuada en relación con una nómina embargada por un Juzgado⁵⁴².
- Retrocesión de transferencia sin consentimiento del beneficiario⁵⁴³.
- Retrocesión de transferencias sin consentimiento de los interesados⁵⁴⁴.
- Revocación de orden periódica de transferencia no atendida⁵⁴⁵.
- Transferencias ejecutadas a través de Internet⁵⁴⁶.

⁵³³ MSRBE 2001.

⁵³⁴ MSRBE 1998.

⁵³⁵ MSRBE 1996.

⁵³⁶ MSRBE 2003.

⁵³⁷ MSRBE 1996.

⁵³⁸ MSRBE 2000.

⁵³⁹ MSRBE 2003.

⁵⁴⁰ MSRBE 2002.

⁵⁴¹ MSRBE 1997.

⁵⁴² MSRBE 1996.

⁵⁴³ MSRBE 1999.

⁵⁴⁴ MSRBE 2003.

⁵⁴⁵ MSRBE 1996.

⁵⁴⁶ MSRBE 2002.

C.- FALTA DE DILIGENCIA.

- Falta de diligencia en la ejecución de órdenes de transferencia⁵⁴⁷.
- Falta de diligencia en la tramitación de transferencias⁵⁴⁸.

D.- INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN.

- Deficiente información sobre la imposibilidad de retroceder una transferencia ya ejecutada⁵⁴⁹.
- Falta de información o información deficiente⁵⁵⁰.
- Falta de información sobre la ejecución de una transferencia⁵⁵¹.
- Falta de información sobre transferencias recibidas⁵⁵².
- Información incompleta en relación con las posibilidades de ejecución de la transferencia ordenada por el cliente⁵⁵³.

E.- VALORACIÓN.

- Aplicación incorrecta de la fecha valor de transferencias⁵⁵⁴.
- Valoración incorrecta de un apunte por transferencia⁵⁵⁵.

⁵⁴⁷ MSRBE 1996.

⁵⁴⁸ MSRBE 2003.

⁵⁴⁹ MSRBE 1996.

⁵⁵⁰ MSRBE 2003.

⁵⁵¹ MSRBE 1997.

⁵⁵² MSRBE 1996.

⁵⁵³ MSRBE 1997.

⁵⁵⁴ MSRBE 1996.

⁵⁵⁵ MSRBE 2003.

- Valoración incorrecta del abono de una transferencia⁵⁵⁶.

IV.- CHEQUES, LETRAS DE CAMBIO, PAGARÉS, RECIBOS Y OTROS EFECTOS.

A.- COMISIONES.

- Aplicación incorrecta de la tarifa de comisiones⁵⁵⁷.
- Cobro de comisión por cuantía superior a la registrada⁵⁵⁸.
- Cobro de comisión provocado por la actuación de la propia entidad⁵⁵⁹.
- Cobro de comisión superior a la tarifada⁵⁶⁰.
- Cobro de comisiones desproporcionadas⁵⁶¹.
- Cobro de comisiones indebidas⁵⁶².
- Cobro de comisiones o gastos que podrían haberse evitado⁵⁶³.
- Cobro de comisiones por devolución de cheques, letras y otros efectos, devengadas como consecuencia de actuaciones desafortunadas de las entidades implicadas⁵⁶⁴.
- Cobro de comisiones por remesas en cuantía improcedente⁵⁶⁵.

⁵⁵⁶ MSRBE 1999.

⁵⁵⁷ MSRBE 2003.

⁵⁵⁸ MSRBE 1997.

⁵⁵⁹ MSRBE 1996.

⁵⁶⁰ MSRBE 1999.

⁵⁶¹ MSRBE 1999.

⁵⁶² MSRBE 2003.

⁵⁶³ MSRBE 1999.

⁵⁶⁴ MSRBE 2003.

- Cobro de comisiones por servicios que no se habían prestado⁵⁶⁶.
- Cobro indebido de comisiones por devolución de cheques, letras y otros efectos⁵⁶⁷.
- Comisiones por devolución de efectos, devengadas como consecuencia de actuaciones desafortunadas de las entidades implicadas⁵⁶⁸.
- Comisiones por devoluciones de efectos generadas por un deficiente funcionamiento del sistema⁵⁶⁹.
- Deficiente información en relación con los gastos de gestión de cobro de un cheque en divisas⁵⁷⁰.
- Falta de transparencia en el cobro de comisiones⁵⁷¹.
- Información incorrecta sobre comisiones⁵⁷².

B.- DISCREPANCIAS SOBRE APUNTES EN CUENTA.

- Actuación unilateral de la entidad⁵⁷³.
- Adeudo unilateral de intereses⁵⁷⁴.
- Aplicación de un plazo predeterminado de indisponibilidad a un cheque ingresado en cuenta⁵⁷⁵.

⁵⁶⁵ MSRBE 1997.

⁵⁶⁶ MSRBE 1998.

⁵⁶⁷ MSRBE 2003.

⁵⁶⁸ MSRBE 1999.

⁵⁶⁹ MSRBE 1997.

⁵⁷⁰ MSRBE 1996.

⁵⁷¹ MSRBE 2000.

⁵⁷² MSRBE 1996.

⁵⁷³ MSRBE 2000.

⁵⁷⁴ MSRBE 1996.

⁵⁷⁵ MSRBE 2003.

- Bloqueo unilateral de los fondos depositados en cuenta, que provoca impago de cheques⁵⁷⁶.
- Cargo en cuenta de efectos sin la autorización del titular⁵⁷⁷.
- Devolución de recibos después de haber sido adeudados en descubierto en la cuenta domiciliataria⁵⁷⁸.
- La entidad atiende en descubierto un cheque sobre el que se había cursado orden de revocación⁵⁷⁹.
- La entidad deja de atender, a partir de un determinado momento, ciertos recibos⁵⁸⁰.
- Modificación unilateral de la cuenta de cargo de unos recibos⁵⁸¹.
- Negativa a permitir la disposición de fondos depositados en cuenta⁵⁸².
- Rectificación de un posible error sin preaviso al cliente⁵⁸³.
- Retrocesión de recibo fuera de plazo⁵⁸⁴.

C.- FALTA DE DILIGENCIA.

- Actuación incorrecta en relación con la devolución de efectos⁵⁸⁵.
- Actuación incorrecta tras la devolución de unos efectos⁵⁸⁶.
- Adeudo de recibo en cuenta incorrecta⁵⁸⁷.

⁵⁷⁶ MSRBE 1996.

⁵⁷⁷ MSRBE 1996.

⁵⁷⁸ MSRBE 1997.

⁵⁷⁹ MSRBE 1996.

⁵⁸⁰ MSRBE 1996.

⁵⁸¹ MSRBE 1997.

⁵⁸² MSRBE 1997.

⁵⁸³ MSRBE 1996.

⁵⁸⁴ MSRBE 1997.

⁵⁸⁵ MSRBE 2003.

⁵⁸⁶ MSRBE 1996.

⁵⁸⁷ MSRBE 1996.

- Adeudo de recibos sin orden de domiciliación previa⁵⁸⁸.
- Demora en la gestión de cobro de cheques ingresados a través de cajero automático⁵⁸⁹.
- Devolución de cheques, letras o pagarés existiendo provisión de fondos⁵⁹⁰.
- Devolución de cheques existiendo simultánea provisión de fondos⁵⁹¹.
- Devolución de efectos existiendo provisión de fondos⁵⁹².
- Envío de cheques utilizando medios que no dejan constancia de su recepción⁵⁹³.
- Errores reiterados de diversa índole⁵⁹⁴.
- Falta de diligencia en el pago de efectos⁵⁹⁵.
- Falta de diligencia en la gestión de cobro de efectos⁵⁹⁶.
- Falta de diligencia en la gestión del cobro y en el pago de efectos⁵⁹⁷.
- Falta de diligencia en la rectificación de un error⁵⁹⁸.
- Falta de diligencia en la remisión de un talonario de cheques⁵⁹⁹.
- Falta de diligencia en relación con la conformidad de unos cheques⁶⁰⁰.
- La entidad no atiende las instrucciones recibidas⁶⁰¹.
- La entidad no ejecuta diligentemente las instrucciones recibidas⁶⁰².
- Pago de cheque falsificado⁶⁰³.

⁵⁸⁸ MSRBE 2003.

⁵⁸⁹ MSRBE 1996.

⁵⁹⁰ MSRBE 1998.

⁵⁹¹ MSRBE 1996.

⁵⁹² MSRBE 2003.

⁵⁹³ MSRBE 2002.

⁵⁹⁴ MSRBE 2003.

⁵⁹⁵ MSRBE 2003.

⁵⁹⁶ MSRBE 2003.

⁵⁹⁷ MSRBE 1996.

⁵⁹⁸ MSRBE 1997.

⁵⁹⁹ MSRBE 1997.

⁶⁰⁰ MSRBE 1997.

⁶⁰¹ MSRBE 1996.

⁶⁰² MSRBE 2001.

- Pago de cheques o pagarés que presentaban muestras evidentes de falsificación o manipulación⁶⁰⁴.
- Pago de efectos desatendiendo la orden de los clientes de no atenderlos o de proceder a su devolución una vez adeudados⁶⁰⁵.
- Uso fraudulento de cheques-gasolina⁶⁰⁶.

D.- INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN.

- Deficiencias en la documentación empleada⁶⁰⁷.
- Falta de información al cliente en relación con el extravío de un cheque⁶⁰⁸.
- Información defectuosa en relación con la devolución de efectos⁶⁰⁹.

E.- NORMATIVA ESPECÍFICA.

- Actuación incorrecta relacionada con la irrevocabilidad del cheque⁶¹⁰.
- Cheque abonado en cuenta a cuya disponibilidad se aplica un plazo predeterminado unilateralmente por la entidad⁶¹¹.
- Devolución de un cheque por orden del librador, durante el plazo de irrevocabilidad⁶¹².

⁶⁰³ MSRBE 2002.

⁶⁰⁴ MSRBE 2001.

⁶⁰⁵ MSRBE 2003.

⁶⁰⁶ MSRBE 1997.

⁶⁰⁷ MSRBE 2003.

⁶⁰⁸ MSRBE 2003.

⁶⁰⁹ MSRBE 2003.

⁶¹⁰ MSRBE 2002.

⁶¹¹ MSRBE 1996.

- Endoso de cheque⁶¹³.
- Endoso en blanco de cheque nominativo⁶¹⁴.
- Entrega de efecto a persona distinta de la que procedía⁶¹⁵.
- Falta de información acerca de la irrevocabilidad del cheque⁶¹⁶.
- Falta de levantamiento de protesto de letra impagada⁶¹⁷.
- Falta de notificación de vencimiento de efecto con antelación razonable⁶¹⁸.
- Gestión de cobro de cheques tomados de persona no legitimada⁶¹⁹.
- Incidencia con el N.I.F. del tenedor de unos cheques⁶²⁰.
- Incumplimiento de un compromiso de aval cambiario⁶²¹.
- La entidad no atiende el pago parcial de un cheque⁶²².
- La entidad no atiende parcialmente el pago del cheque provisionado en parte⁶²³.
- La entidad no exige el recibí del portador en el pago de un cheque⁶²⁴.
- Negativa a estampar en el documento la declaración sustitutiva del protesto⁶²⁵.
- Negativa a pagar unos documentos por ventanilla⁶²⁶.
- Otras actuaciones incorrectas en relación con el pago de cheques⁶²⁷.

⁶¹² MSRBE 1997.

⁶¹³ MSRBE 2001.

⁶¹⁴ MSRBE 1997.

⁶¹⁵ MSRBE 1996.

⁶¹⁶ MSRBE 1998.

⁶¹⁷ MSRBE 1996.

⁶¹⁸ MSRBE 1996.

⁶¹⁹ MSRBE 1996.

⁶²⁰ MSRBE 2000.

⁶²¹ MSRBE 1999.

⁶²² MSRBE 2003.

⁶²³ MSRBE 1996.

⁶²⁴ MSRBE 1997.

⁶²⁵ MSRBE 2003.

⁶²⁶ MSRBE 1996.

⁶²⁷ MSRBE 2003.

- Responsabilidades derivadas de un aval cambiario⁶²⁸.
- Retención indebida de efectos⁶²⁹.
- Retención injustificada de cheque⁶³⁰.

F.- VALORACIÓN.

- Demora en rectificar una fecha valor incorrecta⁶³¹.
- Valoración incorrecta de apuntes de adeudo⁶³².
- Valoración incorrecta del abono de unos cheques⁶³³.
- Valoración incorrecta del cargo de un efecto⁶³⁴.
- Valoración incorrecta del cargo de diversos efectos⁶³⁵.
- Valoración incorrecta de la devolución de un cheque⁶³⁶.
- Valoración incorrecta de la retrocesión de unos apuntes⁶³⁷.

V.- VALORES Y OPERACIONES CON DEUDA DEL ESTADO.

⁶²⁸ MSRBE 2000.

⁶²⁹ MSRBE 1996.

⁶³⁰ MSRBE 2002.

⁶³¹ MSRBE 1996.

⁶³² MSRBE 2003.

⁶³³ MSRBE 1998.

⁶³⁴ MSRBE 1999.

⁶³⁵ MSRBE 1998.

⁶³⁶ MSRBE 1997.

⁶³⁷ MSRBE 1998.

A.- COMISIONES.

- Adeudo de comisiones no previstas para el servicio prestado⁶³⁸.
- Cobro de comisión no tarifada⁶³⁹.
- Cobro de comisiones indebidas⁶⁴⁰.
- Cobro extemporáneo de comisión⁶⁴¹.
- Cobro reiterado de comisiones indebidas⁶⁴².
- Falta de transparencia en el cobro de comisiones⁶⁴³.
- Información incorrecta sobre la comisión cobrada⁶⁴⁴.
- Percepción de comisión no tarifada⁶⁴⁵.

B.- FALTA DE DILIGENCIA.

- Falta de diligencia en la ejecución de una orden⁶⁴⁶.
- Falta de diligencia en la resolución de una reclamación⁶⁴⁷.
- Falta de diligencia en la tramitación de operaciones⁶⁴⁸.

⁶³⁸ MSRBE 2000.

⁶³⁹ MSRBE 1997.

⁶⁴⁰ MSRBE 1999.

⁶⁴¹ MSRBE 1998.

⁶⁴² MSRBE 1998.

⁶⁴³ MSRBE 2003.

⁶⁴⁴ MSRBE 1998.

⁶⁴⁵ MSRBE 1996.

⁶⁴⁶ MSRBE 2001.

⁶⁴⁷ MSRBE 2002.

⁶⁴⁸ MSRBE 2003.

C.- INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN.

- Defectos en el documento contractual⁶⁴⁹.
- El documento suscrito no corresponde a la operación contratada⁶⁵⁰.
- Falta de entrega de un documento de liquidación⁶⁵¹.
- Falta de documentación justificativa de unas operaciones⁶⁵².
- Falta de información en relación con diversos aspectos⁶⁵³.
- Información deficiente en relación con diversos aspectos⁶⁵⁴.
- Información o documentación deficiente⁶⁵⁵.
- La entidad no aporta justificación documental de las operaciones realizadas⁶⁵⁶.

D.- OTRAS CUESTIONES.

- Atribución de titularidad de Deuda Pública sin aceptación del interesado⁶⁵⁷.
- Solicitud de determinados certificados sin requerimiento de los titulares de Deuda Pública especial⁶⁵⁸.
- No ejecución de orden de suscripción de una letra del Tesoro⁶⁵⁹.
- Venta de valores sin concurrir el consentimiento de todos los titulares⁶⁶⁰.

⁶⁴⁹ MSRBE 2000.

⁶⁵⁰ MSRBE 1998.

⁶⁵¹ MSRBE 1998.

⁶⁵² MSRBE 1996.

⁶⁵³ MSRBE 1999.

⁶⁵⁴ MSRBE 2000.

⁶⁵⁵ MSRBE 2001.

⁶⁵⁶ MSRBE 2002.

⁶⁵⁷ MSRBE 1996.

⁶⁵⁸ MSRBE 1996.

⁶⁵⁹ MSRBE 1996.

⁶⁶⁰ MSRBE 1997.

VI.- TARJETAS DE CRÉDITO (incluye las de débito).**A.- COMISIONES.**

- Cobro de comisión no prevista en el contrato⁶⁶¹.
- Cobro de comisión por importe superior al indicado en el contrato⁶⁶².
- Cobro de comisión por reclamación de posición deudora⁶⁶³.
- Cobro de comisión que no corresponde a la prestación de un servicio efectivo⁶⁶⁴.
- Cobro de comisión que no responde a un servicio solicitado por el cliente⁶⁶⁵.
- Cobro de comisiones indebidas por diversos motivos⁶⁶⁶.
- Cobro de comisiones no previstas en el contrato o por importe superior al estipulado contractualmente⁶⁶⁷.
- Cobro de comisiones por tarjetas que no habían sido solicitadas⁶⁶⁸.
- Falta de transparencia en el cobro de comisión⁶⁶⁹.
- Remisión genérica a tarifas en el documento contractual⁶⁷⁰.

B.- CONDICIONES CONTRACTUALES.

⁶⁶¹ MSRBE 1998.

⁶⁶² MSRBE 1998.

⁶⁶³ MSRBE 2001.

⁶⁶⁴ MSRBE 2000.

⁶⁶⁵ MSRBE 1997.

⁶⁶⁶ MSRBE 2003.

⁶⁶⁷ MSRBE 1999.

⁶⁶⁸ MSRBE 1999.

⁶⁶⁹ MSRBE 2001.

⁶⁷⁰ MSRBE 1996.

- Cláusula de revisión del tipo de interés aplicable a las cantidades aplazadas⁶⁷¹.
- Imposibilidad de disponer del crédito autorizado⁶⁷².
- Modalidad de pago a la entidad de los realizados con tarjeta de crédito⁶⁷³.
- Modalidad de pago de las cantidades dispuestas con tarjeta de crédito⁶⁷⁴.
- Modificación del límite de crédito por persona distinta del titular⁶⁷⁵.
- Modificación unilateral de condiciones contractuales⁶⁷⁶.

C.- DISCREPANCIAS SOBRE APUNTES EN CUENTA.

- Adeudo en cuenta de operación no autorizada⁶⁷⁷.
- Adeudo en cuenta de operaciones no justificadas⁶⁷⁸.
- Adeudo en cuenta de una operación no realizada⁶⁷⁹.
- Adeudo en cuenta del importe de una disposición en la que el cajero no dispensó el efectivo solicitado⁶⁸⁰.
- Bloqueo de cuenta que persiste después de desaparecer la causa que lo motivó⁶⁸¹.
- Descubierta de gran cuantía provocado por la utilización de una tarjeta de débito⁶⁸².

⁶⁷¹ MSRBE 1999.

⁶⁷² MSRBE 2003.

⁶⁷³ MSRBE 1998.

⁶⁷⁴ MSRBE 1999.

⁶⁷⁵ MSRBE 2002.

⁶⁷⁶ MSRBE 2003.

⁶⁷⁷ MSRBE 1998.

⁶⁷⁸ MSRBE 2003.

⁶⁷⁹ MSRBE 1996.

⁶⁸⁰ MSRBE 2000.

⁶⁸¹ MSRBE 1998.

⁶⁸² MSRBE 1998.

- Descubierta provocado por la utilización de una tarjeta de débito⁶⁸³.
- Disposiciones con tarjeta de crédito que superan el límite de crédito estipulado⁶⁸⁴.
- La entidad no actúa en defensa de los intereses del cliente⁶⁸⁵.
- Operación realizada con posterioridad a la anulación de la tarjeta⁶⁸⁶.
- Orden no atendida de no cargar en cuenta ciertos importes⁶⁸⁷.
- Retrocesión de los importes de unas ventas con tarjeta realizadas en los comercios de los reclamantes⁶⁸⁸.

D.- FALTA DE DILIGENCIA.

- Actuación unilateral de las entidades⁶⁸⁹.
- Cancelación de cuenta sin anulación de los medios de pago asociados⁶⁹⁰.
- Demora en adeudar disposiciones con tarjeta⁶⁹¹.
- Demora en adeudar en cuenta disposiciones con tarjeta⁶⁹².
- Demora en subsanar un error⁶⁹³.
- Disposiciones en cajero con libreta de ahorros⁶⁹⁴.
- Emisión de tarjeta a favor de menor de edad⁶⁹⁵.

⁶⁸³ MSRBE 2003.

⁶⁸⁴ MSRBE 2001.

⁶⁸⁵ MSRBE 2003.

⁶⁸⁶ MSRBE 1997.

⁶⁸⁷ MSRBE 1996.

⁶⁸⁸ MSRBE 2000.

⁶⁸⁹ MSRBE 2001.

⁶⁹⁰ MSRBE 1998.

⁶⁹¹ MSRBE 2003.

⁶⁹² MSRBE 2001.

⁶⁹³ MSRBE 1997.

⁶⁹⁴ MSRBE 2001.

⁶⁹⁵ MSRBE 1996.

- Emisión y envío de tarjetas sin solicitud previa⁶⁹⁶.
- Envío de tarjetas sin solicitud previa⁶⁹⁷.
- Falta de diligencia en el cumplimiento de las instrucciones recibidas⁶⁹⁸.
- Falta de diligencia en la emisión o cancelación de tarjetas⁶⁹⁹.
- Falta de diligencia en la gestión de cobro de unas facturas de venta⁷⁰⁰.
- Incidencias con comercios en relación con terminales para pago con tarjeta facilitados por las entidades⁷⁰¹.
- La entidad no anula las tarjetas de las que era titular un cliente fallecido⁷⁰².
- Reapertura de cuenta cancelada, con el fin de adeudar disposiciones con tarjeta realizadas tiempo atrás⁷⁰³.
- Rectificación deficiente de los errores cometidos⁷⁰⁴.
- Remisión de tarjeta utilizando medios que no aseguran su recepción⁷⁰⁵.
- Remisión de tarjetas utilizando medios que no aseguran su recepción o falta de diligencia en su entrega⁷⁰⁶.
- Tarjeta emitida en campaña promocional⁷⁰⁷.
- Tarjeta inoperativa por error de la entidad⁷⁰⁸.
- Tarjeta no operativa⁷⁰⁹.

⁶⁹⁶ MSRBE 2003.

⁶⁹⁷ MSRBE 2002.

⁶⁹⁸ MSRBE 2003.

⁶⁹⁹ MSRBE 2000.

⁷⁰⁰ MSRBE 1997.

⁷⁰¹ MSRBE 2003.

⁷⁰² MSRBE 1996.

⁷⁰³ MSRBE 1996.

⁷⁰⁴ MSRBE 2001.

⁷⁰⁵ MSRBE 2000.

⁷⁰⁶ MSRBE 2003.

⁷⁰⁷ MSRBE 1997.

⁷⁰⁸ MSRBE 2002.

⁷⁰⁹ MSRBE 1996.

E.- INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN.

- Bloqueo unilateral de tarjetas⁷¹⁰.
- Bloqueo unilateral de tarjeta de crédito⁷¹¹.
- Cancelación de tarjeta de crédito sin previa notificación al titular⁷¹².
- Cancelación unilateral de tarjeta de crédito⁷¹³.
- Cancelación unilateral de tarjetas⁷¹⁴.
- Contratos que no incluyen cláusulas limitativas de la responsabilidad del titular de la tarjeta⁷¹⁵.
- Deficiente información sobre incidencias con tarjeta⁷¹⁶.
- Documento contractual no legible⁷¹⁷.
- El contrato formalizado por la entidad no reúne los requisitos mínimos exigidos⁷¹⁸.
- Falta de claridad en el contenido del contrato⁷¹⁹.
- Falta de claridad y transparencia con el cliente⁷²⁰.
- Falta de información en el documento contractual⁷²¹.
- Falta de transparencia en la sustitución de una tarjeta⁷²².
- La entidad no acredita las instrucciones supuestamente recibidas⁷²³.

⁷¹⁰ MSRBE 2003.

⁷¹¹ MSRBE 1999.

⁷¹² MSRBE 1996.

⁷¹³ MSRBE 1999.

⁷¹⁴ MSRBE 2003.

⁷¹⁵ MSRBE 2003.

⁷¹⁶ MSRBE 1996.

⁷¹⁷ MSRBE 2001.

⁷¹⁸ MSRBE 1996.

⁷¹⁹ MSRBE 2003.

⁷²⁰ MSRBE 2003.

⁷²¹ MSRBE 2001.

⁷²² MSRBE 1997.

⁷²³ MSRBE 2000.

- La entidad no justifica documentalmente un adeudo en cuenta por disposición con tarjeta⁷²⁴.
- Las entidades no aportaron copia del documento contractual⁷²⁵.
- Reducción unilateral (o indisponibilidad total) del límite de crédito de una tarjeta⁷²⁶.

F.- USO FRAUDULENTO.

- Aumento del límite de disponibilidad a iniciativa de la entidad⁷²⁷.
- Compras fraudulentas con tarjeta en las que la firma difiere de la del titular o con tarjetas falsificadas⁷²⁸.
- Demora en retroceder las cantidades que exceden del límite de responsabilidad⁷²⁹.
- Disposiciones fraudulentas con tarjeta de débito, cuyo importe excede el saldo de la cuenta asociada⁷³⁰.
- Disposiciones con tarjeta de débito extraviada que exceden del saldo de la cuenta asociada⁷³¹.
- Disposiciones fraudulentas por encima del límite de crédito pactado en el contrato⁷³².
- Disposiciones fraudulentas posteriores al aviso de sustracción⁷³³.

⁷²⁴ MSRBE 1996.

⁷²⁵ MSRBE 2003.

⁷²⁶ MSRBE 1998.

⁷²⁷ MSRBE 1997.

⁷²⁸ MSRBE 2002.

⁷²⁹ MSRBE 1996.

⁷³⁰ MSRBE 2003.

⁷³¹ MSRBE 1998.

⁷³² MSRBE 2003.

⁷³³ MSRBE 2003.

- Disposiciones fraudulentas que exceden del límite de crédito de la tarjeta⁷³⁴.
- El límite de disponibilidad no está determinado⁷³⁵.
- Falta de entrega de los comprobantes de unas operaciones presuntamente fraudulentas⁷³⁶.
- Falta de información al cliente⁷³⁷.
- La entidad admite facturas de compra cuya firma difiere sustancialmente de la autorizada⁷³⁸.
- Las entidades no aplicaron los límites de responsabilidad ante operaciones fraudulentas⁷³⁹.
- La entidad no aplica los límites de disponibilidad o de responsabilidad en caso de operaciones fraudulentas⁷⁴⁰.
- La entidad no entrega los comprobantes de unas operaciones fraudulentas⁷⁴¹.
- La entidad reclama el pago de una operación cuyo resguardo había sido manipulado⁷⁴².
- La orden de bloqueo del reclamante no obtiene el resultado pretendido⁷⁴³.
- No entrega de los comprobantes de unas operaciones fraudulentas⁷⁴⁴.
- No entrega de los comprobantes de unas operaciones presuntamente fraudulentas⁷⁴⁵.
- Operaciones fraudulentas con tarjeta previamente anulada⁷⁴⁶.
- Uso de tarjeta para operaciones no previstas en el contrato⁷⁴⁷.

⁷³⁴ MSRBE 1998.

⁷³⁵ MSRBE 1997.

⁷³⁶ MSRBE 2001.

⁷³⁷ MSRBE 1998.

⁷³⁸ MSRBE 1997.

⁷³⁹ MSRBE 2003.

⁷⁴⁰ MSRBE 1997.

⁷⁴¹ MSRBE 1998.

⁷⁴² MSRBE 1996.

⁷⁴³ MSRBE 1998.

⁷⁴⁴ MSRBE 1999.

⁷⁴⁵ MSRBE 2003.

⁷⁴⁶ MSRBE 2002.

- Uso de tarjeta sin identificación de su titular⁷⁴⁸.

G.- VALORACIÓN.

- Valoración incorrecta de unos apuntes de rectificación⁷⁴⁹.

VII.- OPERACIONES EN DIVISAS Y BILLETES EXTRANJEROS.

A.- COMISIONES.

- Adeudo de comisiones no previstas en el contrato⁷⁵⁰.
- Cobro de dos comisiones diferentes por un único servicio⁷⁵¹.
- Cobro de comisión improcedente⁷⁵².
- Comisión que no corresponde a la prestación de un servicio efectivo⁷⁵³.
- Falta de transparencia en el cobro de comisiones⁷⁵⁴.
- Falta de transparencia en información sobre cobro de comisiones⁷⁵⁵.

⁷⁴⁷ MSRBE 2003.

⁷⁴⁸ MSRBE 2002.

⁷⁴⁹ MSRBE 1998.

⁷⁵⁰ MSRBE 2000.

⁷⁵¹ MSRBE 1997.

⁷⁵² MSRBE 2003.

⁷⁵³ MSRBE 2002.

⁷⁵⁴ MSRBE 2000.

⁷⁵⁵ MSRBE 1996.

- La comisión aplicada no figura en el contrato⁷⁵⁶.

B.- FALTA DE DILIGENCIA.

- Falta de diligencia en la ejecución de las instrucciones recibidas⁷⁵⁷.
- Falta de diligencia en la ejecución de una orden⁷⁵⁸.
- Falta de diligencia en relación con una operación de compraventa de divisas⁷⁵⁹.
- Billetes presuntamente falsos⁷⁶⁰.

C.- INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN.

- Falta de formalización escrita de documento contractual⁷⁶¹.
- Información deficiente⁷⁶².
- Quebrantos por diferencias de cambio⁷⁶³.

D.- NORMATIVA ESPECÍFICA.

⁷⁵⁶ MSRBE 1996.

⁷⁵⁷ MSRBE 1998.

⁷⁵⁸ MSRBE 2001.

⁷⁵⁹ MSRBE 2003.

⁷⁶⁰ MSRBE 1998.

⁷⁶¹ MSRBE 1997.

⁷⁶² MSRBE 2002.

⁷⁶³ MSRBE 2001.

- Incumplimiento de la normativa comunitaria en la aplicación del tipo de cambio y cobro de comisión desproporcionada⁷⁶⁴.

VIII.-CUESTIONES VARIAS.

A.- AVALES Y GARANTÍAS.

- Cobro de comisión y gastos por servicio no aceptado⁷⁶⁵.
- Cobro de comisiones posteriores a la extinción de la garantía⁷⁶⁶.
- Cobro de dos comisiones diferentes por un único servicio⁷⁶⁷.
- Comisiones⁷⁶⁸.
- Comisiones y gastos⁷⁶⁹.
- Condiciones contractuales⁷⁷⁰.
- Demora injustificada en aplicar una garantía a su finalidad⁷⁷¹.
- Información y documentación⁷⁷².
- Falta de diligencia⁷⁷³.
- Redacción confusa de documento por parte de la entidad⁷⁷⁴.

⁷⁶⁴ MSRBE 1999.

⁷⁶⁵ MSRBE 1997.

⁷⁶⁶ MSRBE 1996.

⁷⁶⁷ MSRBE 1997.

⁷⁶⁸ MSRBE 2003.

⁷⁶⁹ MSRBE 2001.

⁷⁷⁰ MSRBE 1998.

⁷⁷¹ MSRBE 1996.

⁷⁷² MSRBE 2003.

⁷⁷³ MSRBE 2001.

B.- CAJAS DE SEGURIDAD.

- Apertura de caja de seguridad sin conocimiento del titular⁷⁷⁵.
- Cancelación del contrato de alquiler sin previo aviso⁷⁷⁶.
- Cobro de comisión en exceso, demorándose la rectificación de la entidad⁷⁷⁷.
- Negligencia en la apertura de una caja de seguridad⁷⁷⁸.
- Rescisión unilateral del contrato⁷⁷⁹.

C.- CAMBIO DE TITULARIDAD DE UNA OFICINA BANCARIA.

- Falta de claridad y transparencia con el cliente afectado⁷⁸⁰.

D.- CRÉDITOS DOCUMENTARIOS.

- Cobro de comisiones improcedentes⁷⁸¹.
- Comisiones y gastos⁷⁸².
- Condiciones contractuales⁷⁸³.
- Falta de diligencia⁷⁸⁴.

⁷⁷⁴ MSRBE 1996.

⁷⁷⁵ MSRBE 1999.

⁷⁷⁶ MSRBE 1996.

⁷⁷⁷ MSRBE 1996.

⁷⁷⁸ MSRBE 1996.

⁷⁷⁹ MSRBE 1998.

⁷⁸⁰ MSRBE 1998.

⁷⁸¹ MSRBE 1997.

⁷⁸² MSRBE 1999.

⁷⁸³ MSRBE 1999.

- Falta de diligencia en la comunicación al beneficiario de la modificación de ciertas condiciones⁷⁸⁵.
- Falta de diligencia en la tramitación de unos documentos⁷⁸⁶.
- Información y documentación⁷⁸⁷.
- Modificación unilateral de la moneda en la financiación de un crédito documentario⁷⁸⁸.
- Repercusión de gastos en cuantía superior a la procedente⁷⁸⁹.
- Retrocesión sin previo aviso de las cantidades anticipadas⁷⁹⁰.

E.- DEPÓSITO DE DÉCIMOS DE LOTERÍA.

- Falta de diligencia⁷⁹¹.

F.- IMPUESTOS Y SEGURIDAD SOCIAL.

- Denegación de un ingreso en metálico para el pago de una deuda tributaria⁷⁹².
- Falta de diligencia⁷⁹³.
- Falta de diligencia en la ejecución de órdenes de pago⁷⁹⁴.

⁷⁸⁴ MSRBE 2003.

⁷⁸⁵ MSRBE 1996.

⁷⁸⁶ MSRBE 1997.

⁷⁸⁷ MSRBE 2000.

⁷⁸⁸ MSRBE 1998.

⁷⁸⁹ MSRBE 1996.

⁷⁹⁰ MSRBE 1998.

⁷⁹¹ MSRBE 1997.

⁷⁹² MSRBE 1997.

⁷⁹³ MSRBE 2003.

- Falta de información⁷⁹⁵.
- Falta de transparencia o de información⁷⁹⁶.
- La entidad induce a error al recoger del reclamante unos documentos de pago de unos seguros sociales⁷⁹⁷.
- Pasividad del banco ante el presunto uso irregular de su sello⁷⁹⁸.

G.- SEGUROS.

- Cálculo de saldo medio a efectos de indemnización⁷⁹⁹.
- Deficiente información en relación con unas pólizas⁸⁰⁰.
- Falta de diligencia⁸⁰¹.
- Falta de diligencia en la tramitación de una orden de anulación de una póliza⁸⁰².
- Falta de diligencia en relación con los seguros de amortización de préstamos hipotecarios⁸⁰³.
- Interpretación unilateral de cláusulas contractuales⁸⁰⁴.
- Las entidades no defienden los intereses de sus clientes en relación con los seguros asociados a sus cuentas⁸⁰⁵.
- Orden de no renovación de seguro no atendida⁸⁰⁶.

⁷⁹⁴ MSRBE 1997.

⁷⁹⁵ MSRBE 2001.

⁷⁹⁶ MSRBE 2000.

⁷⁹⁷ MSRBE 1996.

⁷⁹⁸ MSRBE 1996.

⁷⁹⁹ MSRBE 1997.

⁸⁰⁰ MSRBE 1997.

⁸⁰¹ MSRBE 2003.

⁸⁰² MSRBE 1997.

⁸⁰³ MSRBE 1996.

⁸⁰⁴ MSRBE 1998.

⁸⁰⁵ MSRBE 1996.

- Póliza de seguro de daños emitida por importe netamente superior al capital del préstamo con garantía hipotecaria⁸⁰⁷.

H.- OTRAS CUESTIONES.

- Actuación incorrecta en relación con la gestión del patrimonio de su cliente⁸⁰⁸.
- Actuación incorrecta en relación con la suscripción de un fondo de pensiones⁸⁰⁹.
- Cajas de seguridad⁸¹⁰.
- Certificado de no residencia⁸¹¹.
- Condición de socio de cooperativa de crédito⁸¹².
- Defectuosa tramitación de una subvención⁸¹³.
- Demora en comunicar datos a un registro de impagos⁸¹⁴.
- Embargos dirigidos contra personas erróneas⁸¹⁵.
- Empleado infiel⁸¹⁶.
- Falta de colaboración con el Servicio de Reclamaciones⁸¹⁷.
- Falta de colaboración con el Servicio de Reclamaciones o con el cliente⁸¹⁸.

⁸⁰⁶ MSRBE 1998.

⁸⁰⁷ MSRBE 1996.

⁸⁰⁸ MSRBE 2003.

⁸⁰⁹ MSRBE 2002.

⁸¹⁰ MSRBE 2003.

⁸¹¹ MSRBE 1998.

⁸¹² MSRBE 2001.

⁸¹³ MSRBE 2003.

⁸¹⁴ MSRBE 1998.

⁸¹⁵ MSRBE 1998.

⁸¹⁶ MSRBE 2001.

⁸¹⁷ MSRBE 2003.

⁸¹⁸ MSRBE 2001.

- Falta de información al cliente en relación con ciertas modificaciones en la red de sucursales de la entidad reclamada⁸¹⁹.
- Falta de información al cliente en relación con la integración de otra entidad en la red de la entidad reclamada⁸²⁰.
- Incidencias con un inmueble vendido por la entidad⁸²¹.
- Incorrecta actuación en relación con un billete falso⁸²².
- Redondeo incorrecto al convertir pesetas a euros⁸²³.
- Regalo promocional⁸²⁴.
- Regalo promocional defectuoso⁸²⁵.
- Registros de impagos⁸²⁶.
- Transmisión de finca como libre de cargas, lo que no se ajustaba a la realidad registral⁸²⁷.

⁸¹⁹ MSRBE 2003.

⁸²⁰ MSRBE 2000.

⁸²¹ MSRBE 2001.

⁸²² MSRBE 2002.

⁸²³ MSRBE 2002.

⁸²⁴ MSRBE 2001.

⁸²⁵ MSRBE 2000.

⁸²⁶ MSRBE 2001.

⁸²⁷ MSRBE 1999.

**SECCIÓN 3ª. CONDICIONES GENERALES DE CONTRATOS
BANCARIOS.**

I.- OPERACIONES ACTIVAS.

A.- CONTRATO DE PRÉSTAMO ⁸²⁸.

a) Solidaridad.

La parte prestataria, caso de ser más de una persona, responden solidariamente frente al Banco del cumplimiento de todas las obligaciones derivadas del presente contrato.

b) Forma de disposición.

Caso de haberse pactado el ejercicio de forma indistinta de los derechos derivados del contrato, cualquiera de los prestatarios, con su sola firma, podrá ejercitar todos los derechos inherentes al mismo.

c) Garantía personal solidaria.

⁸²⁸ Modelo contractual del Banco Santander-Central-Hispano, S.A., titulado “Póliza de préstamo”.

El garante indicado en este contrato, sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada de la parte prestataria y sin perjuicio también de cualquier otra garantía propia o de terceros que aquél pudiera aportar en el futuro, garantiza todas las obligaciones y responsabilidades por cualquier concepto (principal, intereses, gastos, descubiertos, excedidos, comisiones, etc.) que puedan deducirse para la parte prestataria como consecuencia de este contrato, obligándose solidariamente al pago con la parte prestataria y, en caso de ser varios los garantes, solidariamente también entre sí, con renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión, división y cualquier otro que, con carácter general o particular, pudieran corresponderles.

d) **Garantía prendaria.**

Si en el curso de esta operación, estima el Banco que no está suficientemente garantizado el presente contrato, la parte prestataria se compromete a constituir a favor del mismo, y en el plazo máximo que se fije, garantía real mediante documento público, dejándose concertado desde ahora y para entonces que, si al vencimiento de la operación no se le paga inmediatamente el saldo deudor resultante a su favor, el Banco queda expresamente facultado para vender los bienes tan pronto como lo estime pertinente y con arreglo a la Ley (...).

e) **Información.**

a') *Información a facilitar por el Banco.*

La Tasa Anual Equivalente ha sido calculada conforme a la fórmula que aparece en el núm. 1 del Anexo V de la Circular 8/1990, de 7 de Septiembre, del

Banco de España, del BOE núm. 226, de 20 de Septiembre de 1990, y sus modificaciones posteriores. (...).

La parte prestataria recibe en este acto un ejemplar de las vigentes normas sobre fechas de valoración y de la Tarifas de Comisiones, Condiciones y Gastos repercutibles a clientes hechas públicas por el Banco, aplicables a esta operación.

b') Información a facilitar por la parte prestataria.

La parte prestataria y el garante, en su caso, facilitarán al Banco cuantos datos y antecedentes les sean reclamados en relación con el contrato, incluida cualquier tipo de documentación contable, en el improrrogable plazo de treinta días naturales desde que hubieran sido requeridos al efecto por el Banco.

f) Exención de responsabilidad del Banco.

(...) El Banco no asume ninguna responsabilidad por razón de la operación comercial o de los bienes que por medio de este préstamo sean adquiridos.

g) Compensación.

Todas las cuentas y depósitos de efectivo o valores que la parte prestataria tenga o pueda tener en el Banco en las que figure como titular único o indistinto, quedan afectas al cumplimiento de las obligaciones derivadas de este contrato, pudiendo el Banco compensar y garantizar entre sí dichas cuentas y depósitos.

La compensación para los saldos en efectivo se realizará directamente; para las imposiciones a plazo fijo se autoriza al Banco a cancelarlas

anticipadamente; y para los valores se faculta al Banco a proceder a su realización. A estos efectos se designa como mandatario irrevocable al Banco.

A efectos de la compensación, se establece a favor del Banco un derecho de retención sobre el metálico y valores para el caso de que la parte prestataria trate de retirarlos sin el consentimiento del Banco (...).

h) **Vencimiento anticipado.**

El Banco podrá dar por vencida la operación y exigir a la parte prestataria la devolución anticipada de la suma total adeudada:

- *cuando incumpla cualquiera de las obligaciones contraídas en el presente contrato, tanto en las fechas convenidas como en los importes pertinentes;*
- *o cuando se produzca el falseamiento, ocultación o inexactitud de datos en su declaración de bienes presentada al Banco si ello determinó una errónea o incompleta visión en el estudio de riesgo de la operación;*
- *o cuando resulte impagada alguna letra de cambio aceptada o pagaré librado por la parte prestataria, cualquiera que fuere su tenedor;*
- *o, en caso de créditos, cuando no cancele, en los dos días siguientes a su adeudo, los excesos sobre el límite del crédito;*
- *o cuando se produzca cualquier situación jurídica que limite su plena capacidad para administrar o disponer de sus bienes;*
- *o cuando revocase o dejase sin efecto, en su caso, la domiciliación en el Banco de su nómina o fuente de ingresos más estable;*
- *o cuando se produzca cambio de naturaleza jurídica, fusión, escisión, absorción, modificación sustancia, disolución, liquidación o cese, enajenación o traspaso de su actividad empresarial.*

Asimismo, el Banco podrá dar por vencida la operación: cuando la parte prestataria realice actos que pongan en peligro o disminuyan notablemente su solvencia, tales como enajenar o gravar bienes o derechos que se hubieran tenido en consideración para determinar su capacidad económica, o garantizar

o permitir que se garanticen deudas mediante la constitución de cualquier derecho real o garantía sobre la totalidad o parte de su patrimonio actual o futuro, salvo que, medie consentimiento escrito del Banco (...).

Producido el vencimiento anticipado, el Banco procederá a cerrar la cuenta y el saldo resultante será exigible de acuerdo con lo establecido en este contrato.

i) Reclamación por vía judicial.

A efectos de lo dispuesto en el artículo 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pacta expresamente por los contratantes que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el Banco en la forma convenida por las partes en el presente contrato.

j) Domicilios.

A efectos del envío de correspondencia y de cualquier tipo de notificación o comunicación, la parte prestataria y, en su caso, el garante designa como domicilio, para cada uno de ellos, el indicado en el presente contrato.

Cualquier cambio o modificación en el domicilio expresado deberá ser comunicado por escrito a la otra parte, la cual quedará exonerada de cualquier responsabilidad hasta tanto no se efectúe dicha notificación.

B.- CONTRATO DE DESCUENTO BANCARIO⁸²⁹.

⁸²⁹ Modelo contractual del Banco Santander-Central-Hispano, S.A., denominado “Póliza de negociación de letras de cambio, documentos mercantiles y otras operaciones bancarias”.

a) Solidaridad.

Los acreditados, caso de ser más de una persona, responden solidariamente frente al Banco del cumplimiento de todas las obligaciones derivadas del presente contrato.

b) Forma de disposición.

Caso de haberse pactado el ejercicio en forma indistinta de los derechos derivados del contrato, cualquiera de los acreditados, con su sola firma, podrá ejercitar todos los derechos inherentes al mismo.

c) Garantía personal solidaria.

El garante indicado en este contrato, sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada del acreditado y sin perjuicio también de cualquier otra garantía propia o de terceros que aquél/aquellos pudiera/n aportar en el futuro, garantiza/n todas las obligaciones y responsabilidades por cualquier concepto (principal, intereses, gastos, descubiertos, excedidos, comisiones, etc.) que puedan deducirse para el acreditado como consecuencia de este contrato, obligándose solidariamente al pago con el acreditado y, en caso de ser varios los garantes, solidariamente también entre sí, con renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión, división y cualquier otro que, con carácter general o particular, pudieran corresponderles.

d) Información.

a') *Información a facilitar por el Banco.*

La Tasa Anual Equivalente ha sido calculada conforme a la fórmula que aparece en el núm. 1 del Anexo V de la Circular 8/1990, de 7 de Septiembre, del Banco de España, del BOE núm. 226, de 20 de Septiembre de 1990, y sus modificaciones posteriores.

El cliente declara haber recibido del Banco un ejemplar de las normas sobre fechas de valoración y de las Tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a clientes, hechas públicas por el Banco y aplicables a esta operación.

b') *Información a facilitar por el titular.*

El acreditado y el garante, en su caso, facilitarán al Banco cuantos datos y antecedentes les sean reclamados en relación con el contrato, incluida cualquier tipo de documentación contable, en el improrrogable plazo de treinta días naturales desde que hubieran sido requeridos al efecto por el Banco.

e) *Compensación.*

Todas las cuentas y depósitos de efectivo o valores que el acreditado tenga o pueda tener en el Banco en las que figure como titular único o indistinto, quedan afectas al cumplimiento de las obligaciones derivadas de este contrato, pudiendo el Banco compensar y garantizar entre sí dichas cuentas y depósitos.

La compensación para los saldos en efectivo se realizará directamente; para las imposiciones a plazo fijo se autoriza al Banco a cancelarlas anticipadamente; y para los valores se faculta al Banco a proceder a su realización. A estos efectos se designa como mandatario irrevocable al Banco.

A efectos de la compensación, se establece a favor del Banco un derecho de retención sobre el metálico y valores para el caso de que el acreditado trate de retirarlos sin el consentimiento del Banco (...).

f) Duración.

La duración del presente contrato será indefinida. No obstante, cualquiera de las partes, a su sola iniciativa, podrá dar por vencido el contrato en cualquier momento, bastando para ello la notificación a la otra parte por carta certificada con acuse de recibo, o por cualquier otro medio admitido en Derecho que deje constancia de la notificación, con quince días hábiles de antelación para su efectividad, en el domicilio señalado en el presente contrato. En este caso el acreditado quedará obligado a satisfacer al Banco de inmediato el saldo que resulte en su contra por todos los conceptos y las operaciones que estuviesen en curso seguirán subsistentes hasta su vencimiento.

g) Vencimiento anticipado.

El Banco podrá dar por vencida la operación y exigir al acreditado la devolución anticipada de la suma total adeudada:

- cuando incumpla cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato, tanto en las fechas convenidas como en los importes pertinentes;*
- o cuando se produzca el falseamiento, ocultación o inexactitud de datos en su declaración de bienes presentada al Banco si ello determinó una errónea o incompleta visión en el estudio del riesgo de la operación;*
- o cuando resulte impagada alguna letra de cambio aceptada o pagaré librado por el acreditado, cualquiera que fuere su tenedor;*

- o cuando alguno de los documentos descontados no respondan a operaciones reales;
- o cuando se produzca cambio de naturaleza jurídica, fusión, escisión, absorción, modificación sustancial, disolución, liquidación o cese, enajenación o traspaso de su actividad empresarial.

Asimismo, el Banco podrá dar por vencido anticipadamente el contrato:

- cuando el acreditado realice actos que pongan en peligro o disminuyan notablemente su solvencia, tales como enajenar o gravar bienes o derechos que se hubieran tenido en consideración para determinar su capacidad económica, o garantizar o permitir que se garanticen deudas mediante la constitución de cualquier derecho real o garantía sobre la totalidad o parte de su patrimonio actual o futuro, salvo que medie consentimiento escrito del Banco;
- o cuando se promueva contra el acreditado procedimiento judicial, administrativo o notarial en que pueda producirse el embargo o subasta de sus bienes, así como la declaración de quiebra o concurso de acreedores, o la solicitud de suspensión de pagos o quita y espera, que implique indisponibilidad de sus bienes o cesión total o parcial de los mismos.

Igualmente, el Banco podrá dar por vencido el contrato:

- cuando, el porcentaje de efectos o créditos descontados al acreditado que resulten impagados durante treinta días seguidos excediese del señalado en las condiciones particulares sobre el total de efectos o créditos vencidos en dicho plazo;
- y cuando concurriera cualquier circunstancia de la que resulte o pueda deducirse, que el organismo u ente emisor de las certificaciones negociadas no procederá al pago, total o parcial, de las mismas;
- o cuando el librado del efecto descontado o deudor del crédito hubiese denegado total o parcialmente la aceptación;
- o cuando respecto a éste se produjera alguna de las situaciones señaladas para el acreditado (...).

Producido el vencimiento anticipado, el Banco procederá a cerrar la cuenta y el saldo resultante será exigible de acuerdo con lo establecido en el contrato.

h) **Apertura de cuenta especial.**

En caso de producirse cualquiera de las circunstancias señaladas en la Condición General SÉPTIMA (“Vencimiento anticipado”), el Banco queda autorizado a abrir una cuenta especial a nombre del acreditado, que se registrará por las siguientes normas:

1) En dicha cuenta se adeudarán los importes que el Banco hubiese satisfecho por razón de la operación, de los que no hubiese podido resarcirse totalmente con el saldo de las cuentas del acreditado, ni compensarlos, así como las comisiones y los gastos devengados y no satisfechos por el acreditado, los intereses que se devenguen en dicha cuenta y los excesos sobre el límite.

2) Serán partidas de abono las entregas en efectivo que lleve a cabo el acreditado o terceros por cuenta de éste/os, así como los traspasos que el Banco pueda realizar, en virtud de lo pactado en este contrato en cuanto a la compensación.

3.1) Los saldos deudores de la cuenta devengarán diariamente a favor del Banco el interés nominal anual cuyo tipo se indica expresamente en el presente contrato (...).

3.2) La fórmula utilizada para obtener, a partir del tipo de interés nominal anual pactado expresamente en el presente contrato, el importe absoluto de los intereses devengados es la siguiente:

(Indicar fórmula)

3.3) *En el supuesto excepcional de que el saldo de la cuenta especial resultare a favor del acreditado por haberse efectuado abonos superiores a los débitos, dicho saldo no devengará interés alguno y quedará a disposición del acreditado.*

4) *El Banco comunicará al acreditado, por cualquier medio de notificación hábil en Derecho, la apertura de la cuenta, haciéndole saber el número que se le asigna a la misma y requiriéndole para que, en el plazo de ocho días hábiles siguientes a la fecha de la comunicación, efectúe el abono de la totalidad del saldo deudor, más los intereses y gastos que procedan.*

5) *Transcurrido este plazo sin que el acreditado hiciese el reembolso del importe adeudado, el Banco podrá proceder al cierre de dicha cuenta especial, cuyo saldo será inmediatamente exigible por vía ejecutiva. No obstante lo anterior, la cuenta especial seguirá en vigor para que el Banco pueda adeudar en ella operaciones en curso que den lugar a pagos por parte del Banco, supuesto en el cual, el nuevo saldo deudor, que devengará el tipo de interés señalado en el presente contrato y que será igualmente exigible por vía ejecutiva, se reputará como nuevo plazo vencido de la obligación a efectos de lo establecido en el artículo 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...).*

i) *Reclamación por vía judicial.*

A efectos de lo dispuesto en el artículo 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pacta expresamente por los contratantes que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el Banco en la forma convenida por las partes en el presente contrato.

j) Domicilios.

A efectos del envío de correspondencia y de cualquier tipo de notificación o comunicación, el acreditado y, en su caso, el garante, designan como domicilio, para cada uno de ellos, el indicado en el presente contrato.

Cualquier cambio o modificación en el domicilio expresado deberá ser comunicado por escrito a la otra parte, la cual quedará exonerada de cualquier responsabilidad hasta tanto no se efectúe dicha notificación.

C.- FIANZA⁸³⁰.

a) Importe global de la garantía.

La presente garantía se otorga por la suma global que se indica en el Apartado letra A, sin que dicho límite implique obligación por parte del Banco de aceptar operaciones hasta el importe del mismo.

b) Solidaridad.

La obligación que la parte fiadora contrae ante el Banco, es solidaria con el afianzado en todo caso, incluido el supuesto de que la parte fiadora sea más de una persona, renunciando expresamente a los beneficios de excusión y división, así como a cualquier otro que, de manera particular o general, les pudiera corresponder.

⁸³⁰ Modelo contractual del Banco Santander-Central-Hispano, S.A., llamado "Póliza de afianzamiento personal en garantía de operaciones mercantiles".

c) Obligaciones garantizadas por la fianza.

La fianza que se constituye garantiza las obligaciones siguientes:

1) El buen fin de las letras de cambio, pagarés, recibos, certificaciones de obras, facturas, albaranes y otros documentos o efectos mercantiles de los que el Banco sea tenedor legítimo y en los que el afianzado figure como librador, aceptante, endosante, avalista, firmante, cedente o en cualquier otro concepto, viniendo obligada la parte fiadora a satisfacer tales documentos sin reparo alguno, en cuanto, por resultar impagados, le fuera reclamado su importe por el Banco (...).

2) El buen fin, en los mismos términos señalados en el punto anterior, de cualquier otro documento que descuenta, negocie o anticipe el Banco al afianzado.

3) El importe de cualquier descubierto o saldo deudor que, a favor del Banco y a partir de esta fecha, se produzca en las cuentas corrientes, de ahorro o de crédito que el afianzado mantenga o pueda mantener con el mismo, cualquiera que sea el origen o naturaleza de tal descubierto o saldo deudor (...).

4) El importe de los avales que preste el Banco en favor del afianzado en garantía de cualquier tipo de responsabilidad u obligación y a los cuales tenga que hacer frente por no haber satisfecho su obligación el avalado.

5) El importe de los intereses y comisiones que se devenguen, así como los gastos de protesto, requerimientos notariales y gastos o tasas judiciales o extrajudiciales que se produzcan como consecuencia de las obligaciones afianzadas en este contrato, o de los actos realizados para conseguir su cumplimiento.

6) *Y, en general, cualquier operación de naturaleza mercantil y bancaria que el afianzado contraiga con el Banco.*

d) Duración del contrato.

La fianza que se pacta en virtud del presente contrato tendrá una duración indefinida.

En consecuencia, subsistirá sin que pueda entenderse extinguida por la constitución posterior de cualquier otra fianza idéntica o de distinta naturaleza y por cualquier persona, mientras la parte fiadora no determine revocarla, bastando para ello la notificación al Banco por carta certificada con acuse de recibo, o por cualquier otro medio admitido en Derecho que deje constancia de la notificación, con quince días hábiles de antelación para su efectividad, en el domicilio indicado en la comparecencia. Dicha revocación no afectará, en ningún caso, a las operaciones o riesgos en curso, que seguirán afianzados hasta su total cancelación.

e) Efectividad de la garantía.

El Banco queda facultado para hacer efectiva la garantía constituida por la presente Póliza tan pronto como se hallasen vencidas cualesquiera de las obligaciones garantizadas, independientemente de las obligaciones por vencer, que seguirán amparadas por aquella.

f) Naturaleza de los derechos y acciones que competen al Banco.

La fianza que se pacta en este contrato se entenderá siempre con entera independencia de los avales cambiarios y de cualquier otra garantía personal o

real que ostente el Banco en relación con el riesgo de que se trate. Por consiguiente, los derechos y acciones que competen al Banco, en virtud del presente documento, son también independientes de los que a éste correspondan por cada una de las operaciones específicas garantizadas, pudiendo ser ejercitados con plena independencia y sin perjuicio de aquellos.

g) **Imputación de pagos.**

Salvo imputación expresa de la parte fiadora, las cantidades que el Banco reciba de dicha parte fiadora, para hacer frente a las obligaciones que se deriven de la presente Póliza, podrán ser imputadas por el Banco a su libre elección y sin necesidad de previo aviso, a cualquiera de las deudas u operaciones que por la presente se garantizan.

h) **Compensación.**

La parte fiadora reconoce el derecho del Banco y, en lo menester, le autoriza irrevocablemente para hacer efectiva la garantía constituida por la presente Póliza con los saldos existentes a su favor, tanto en las cuentas corrientes como en las de ahorro, o de cualquier otra naturaleza, que tenga o pueda tener abiertas dicha parte fiadora en el Banco, efectuando los traspasos y apuntes de abono y adeudo que fueran pertinentes para reflejar contablemente la compensación producida.

Del mismo modo, la parte fiadora autoriza al Banco para que éste pueda cancelar anticipadamente las imposiciones a plazo, con la misma finalidad compensatoria, así como a vender en la parte necesaria los valores que tenga o en lo sucesivo tuviese depositados en el Banco dicha parte fiadora (...).

i) Información a la parte fiadora.

El Banco no tendrá obligación de comunicar en cada momento a la parte fiadora el estado o situación de los riesgos del afianzado; no obstante, la parte fiadora podrá solicitar del Banco, cuando lo estime oportuno, cuantos datos tenga por conveniente relacionados con las operaciones amparadas en este contrato. Los gastos que puedan originarse al facilitar esta información serán por cuenta y cargo de la parte fiadora.

j) Reclamación por vía judicial.

1) El presente contrato se formaliza por las partes con intervención de Corredor de Comercio Colegiado, a todos los efectos, incluso a los previstos en el número 6º, del artículo 1429, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y disposiciones concordantes.

2) En el supuesto de que la parte fiadora no cumpliera la obligación que asume de reintegrar, desde luego, al Banco el importe de los riesgos amparados por esta Póliza, podrá éste, como entidad acreedora, exigir en juicio el importe de la deuda de que se trate.

3) La exigibilidad de la deuda en juicio se hará aportando los documentos que la representen, acompañados de esta Póliza. Si la obligación estuviera representada por saldos deudores de cuentas, a efectos de lo dispuesto en el artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pacta expresamente por todas las partes intervinientes que la liquidación para determinar la deuda ejecutivamente reclamable se practicará por el Banco, conforme a su contabilidad y a lo pactado, expidiendo éste la oportuna certificación, que hará fe en juicio y surtirá plenos efectos legales y que recogerá el saldo deudor total

que presenten dichas cuentas el día de su cierre, considerándose tal cantidad como cierta, líquida, vencida y exigible (...).

k) Domicilios.

Para todos los efectos de notificaciones, requerimientos y comunicaciones a que se diera lugar por virtud de la presente Póliza, se fijan como domicilios, tanto de la parte fiadora como del Banco, los detallados en la comparecencia de esta Póliza.

Cualquier cambio o modificación en los domicilios expresados, deberá ser comunicado fehacientemente a la otra parte (...).

l) Lugar del cumplimiento de las obligaciones.

El lugar del cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente contrato, será el del domicilio de la Sucursal del Banco consignado en la comparecencia.

ll) Naturaleza y normativa aplicable.

Este contrato de afianzamiento personal en garantía de operaciones mercantiles se reputa mercantil y se regirá, en primer término, por las Estipulaciones precedentes, y en lo que en ellas no estuviese previsto, se atenderán las partes a las disposiciones del Código de Comercio, a los usos y costumbres mercantiles y, en su defecto, a lo dispuesto en el Código Civil.

II.- OPERACIONES PASIVAS.

A.- **CONTRATO DE DEPÓSITO BANCARIO DE DINERO**⁸³¹.

a) Naturaleza del contrato.

El titular, mediante este contrato de carácter indefinido, entrega a "la Caixa" sumas de dinero que esta entidad ha de restituirle según las condiciones que se pactan a continuación. Además, el titular, de mutuo acuerdo con "la Caixa" podrá ordenar que el depósito sea destinatario de todo tipo de domiciliaciones.

b) Titularidad.

Cuando la titularidad sea a favor de más de una persona física, se entenderá que cualquiera de ellas podrá ejercer individualmente ante "la Caixa" todos los derechos derivados de este contrato, salvo que en las condiciones particulares se haya pactado expresamente otro régimen.

c) Disposición de los fondos depositados.

El titular podrá retirar las cantidades depositadas en cualquier momento. No obstante, "la Caixa" se reserva la facultad de suspender el pago si el titular, o alguno de los titulares, en caso de ser más de una persona, formulase

⁸³¹ Modelo contractual de "la Caixa", denominado "Condiciones generales del contrato de depósito de dinero a la vista".

oposición antes de hacerse efectivo. La suspensión persistirá hasta que "la Caixa" tenga constancia de que la oposición era indebida o hasta que los titulares resuelvan sus diferencias o bien la autoridad judicial dictamine si procede o no efectuar el pago.

d) Intereses, comisiones y gastos repercutibles.

Los saldos a favor del titular devengarán intereses de acuerdo con lo que consta en las condiciones particulares. Para el cálculo de intereses, las partidas de cargo y abono se valorarán según las normas de valoración que, debidamente comunicadas y registradas en el Banco de España, estén en vigor en el momento en que se produzcan. Los intereses se abonarán en el mismo depósito.

"la Caixa" percibirá las comisiones que se indican en las condiciones particulares. La liquidación y el cargo de estas comisiones coincidirán con la liquidación y el abono de los intereses, salvo que se indique de manera distinta en las condiciones particulares.

Además de dichas comisiones, "la Caixa" percibirá las comisiones y gastos que correspondan por las operaciones y/o servicios solicitados por el titular, de acuerdo con la tarifa de comisiones y gastos repercutibles que, debidamente comunicada y registrada en el Banco de España, esté en vigor en cada momento.

Si "la Caixa" instara la modificación de intereses, comisiones o gastos repercutibles y fuera desfavorable para el titular, se la comunicará por uno de los siguientes medios:

- a) Publicación en el tablón de anuncios de las oficinas, con una antelación de dos meses a su aplicación.*
- b) Notificación personal.*
- c) Mediante la publicación, con antelación razonable a su aplicación, en el Boletín Oficial del Estado, si la modificación afectara a los intereses.*

Transcurridos dichos plazos sin oposición del titular, se aplicará la modificación. Si la modificación decidida resultara claramente beneficiosa para el titular, podrá ser aplicada de inmediato.

e) Saldos deudores.

"la Caixa" no está obligada a aceptar disposiciones en descubierto. En caso de producirse un descubierto, el titular deberá regularizarlo inmediatamente, sin que sea necesario ningún requerimiento. "la Caixa" podrá proceder a la liquidación del depósito y a la reclamación judicial del saldo resultante, y queda facultada para acreditarlo mediante certificación expedida por ella misma.

Los saldos deudores devengarán a favor de "la Caixa" el interés de descubierto y las comisiones que, debidamente comunicadas al Banco de España y publicadas en el tablón de anuncios de sus Oficinas, tenga establecidas en cada momento para los descubiertos en cuenta. El tipo de interés y comisiones de descubierto que serían actualmente de aplicación se indican en las condiciones particulares.

Los intereses de descubierto se liquidarán y cargarán con la frecuencia también indicada en las condiciones particulares, sin perjuicio de que, en caso de cancelación del depósito, sean liquidables y exigibles desde el momento de la cancelación. Para su cálculo, se tomará el año comercial de 360 días. Los intereses y comisiones de descubierto se cargarán en el mismo depósito en descubierto; estos importes quedarán capitalizados con el saldo si continuara siendo deudor y, a su vez, devengarán, como incremento de ese saldo, intereses y comisiones de descubierto.

f) Servicios operativos electrónicos.

"la Caixa" podrá facilitar al titular activadores (banda magnética adherida a la libreta de ahorros, etc.) para operar a través de los servicios electrónicos, y también el pertinente número secreto de identificación (PIN), cuyo tecleo tiene la condición de firma del titular en cualquier operación de autoservicio y puede ser cambiado tantas veces como el titular considere necesarias.

El titular se responsabilizará de:

a) Custodiar y conservar el activador.

b) Mantener en secreto el número de identificación personal (PIN), sin anotarlo en el activador ni en otro documento que pudiera encontrarse con el mismo, evitando que sea deducible a partir de sus datos personales (fecha de nacimiento, número de teléfono, etc.).

El titular asumirá los riesgos y perjuicios que se deriven del incumplimiento de tales medidas.

g) Compensación y retención.

El titular autoriza irrevocablemente a "la Caixa" a:

a) Compensar cualquier obligación vencida derivada de este contrato, o contraída ante "la Caixa" con motivo de los servicios relacionados con éste, con cargo a cualquier depósito del que sea titular, a la vista o a plazo, de efectivo o de valores, cancelándolo anticipadamente y procediendo a la venta de valores si fuera necesario.

b) Cargar o retener en el depósito el importe de las conformidades vinculantes que "la Caixa" preste a otras entidades por documentos librados o autorizados por el titular.

h) Domicilio y comunicaciones.

Se entiende como domicilio único del titular, a todos los efectos, aunque la titularidad sea a favor de una pluralidad de personas, el que figura en las condiciones particulares.

En caso de cambio de domicilio, el titular deberá notificarlo a "la Caixa" inmediatamente y por escrito. Se considerarán recibidas por el titular todas las comunicaciones que "la Caixa" le dirija al último domicilio que figure en sus archivos.

i) Cancelación del depósito.

Este depósito podrá ser cancelado por cualquiera de las partes. Será necesaria la firma de todos los titulares.

Si "la Caixa" instara la cancelación, deberá comunicar su decisión al titular con un mínimo de 15 días de antelación; transcurrido este plazo, el saldo que presente el depósito quedará a disposición del titular y dejará de producir intereses a su favor.

La cancelación solicitada por el titular no requerirá comunicación previa, pero "la Caixa" se reserva la facultad de aplazar la liquidación y el reintegro del saldo resultante por el tiempo necesario para el cargo de las operaciones que hubiera en curso. Si el saldo del depósito quedara reducido a cero, "la Caixa" podría cancelarlo de oficio, sin necesidad de preaviso ni otros requisitos.

j) Cancelación por prescripción.

Transcurridos 20 años sin que se haya realizado ninguna operación, "la Caixa" cancelará de oficio este contrato y su saldo pasará a incrementar el fondo destinado a su Obra Social.

Se considerará que el abono de los intereses o el cargo de las comisiones, en su caso, derivadas del mismo contrato o de otros, no interrumpe este plazo de prescripción.

k) Defunción del titular.

En caso de muerte del titular, o de uno de ellos si se trata de un depósito conjunto, el saldo perteneciente al difunto corresponderá a sus sucesores y, en su caso, el resto continuará a disposición de los otros titulares. Si se trata de un depósito indistinto, los cotitulares sobrevivientes podrán disponer de la totalidad del saldo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 del Estatuto de Cajas Generales de Ahorro Popular.

Todo ello sin perjuicio de la acreditación previa, cuando proceda, del pago del Impuesto de Sucesiones y tras la resolución por "la Caixa" del correspondiente expediente de defunción.

l) Condiciones específicas de la modalidad de libreta.

a') *Carácter de la libreta y anotación de operaciones.*

La libreta entregada al titular al suscribirse este contrato es nominativa e intransferible. El saldo reflejado en la libreta es meramente informativo. Es necesario presentar la libreta para hacer reintegros.

b') *Custodia de la libreta.*

El titular se obliga a la custodia y conservación de la libreta, así como a comunicar inmediatamente a "la Caixa" su pérdida, sustracción, robo o destrucción. "la Caixa" queda exenta de toda responsabilidad por los pagos realizados antes de haber recibido dicha comunicación.

Sin perjuicio de que la comunicación pueda anticiparse telefónicamente o por otro medio idóneo, el titular deberá suscribir, en cualquier oficina de "la Caixa", la correspondiente declaración. Transcurridos 15 días hábiles, se podrá cancelar el contrato y formalizar otro nuevo con las mismas condiciones.

II) Condiciones específicas de la modalidad de cuenta corriente.

a') *Utilización, custodia y revocación de cheques.*

El titular, para hacer disposiciones sobre el depósito, podrá utilizar los cheques suministrados por "la Caixa", que se reserva el derecho de no entregar ningún cheque al titular hasta que hayan transcurrido 15 días, a contar des del día de hoy.

El titular se obliga a conservar los cheques con las debidas garantías de seguridad, y bajo su exclusiva responsabilidad, siendo también responsable del mal uso que se pueda hacer de éstos, ya sea por extravío, sustracción, falsificación o utilización abusiva de cheques entregados. En caso de sustracción o extravío de algún cheque, se compromete a dar aviso a "la Caixa" con la mayor urgencia, acreditando haber formulado la correspondiente denuncia de los hechos.

En todos los casos de cancelación, el titular habrá de devolver a "la Caixa" todos los cheques no utilizados.

b') *Extractos y liquidaciones.*

"la Caixa" remitirá periódicamente al titular extractos de los asentamientos hechos en su depósito. El titular podrá oponer por escrito objeciones a los extractos dentro de los 15 días siguientes a su notificación. Si en este plazo "la Caixa" no recibe ninguna objeción del titular, se entenderá que éste está conforme.

III.- OPERACIONES NEUTRAS O DE GESTIÓN.

A.- MEDIACIÓN EN LOS PAGOS.

a) Crédito documentario⁸³².

a') Sujeción.

El presente crédito está sujeto a las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios Revisión 1.993 Folleto 500 C.C.I.

b') Crédito revocable.

Crédito revocable es aquél que puede ser anulado o modificado sin previo aviso al beneficiario. Dicha anulación o modificación no afectará a los

⁸³² Modelo contractual del Banco Santander-Central-Hispano, S.A., denominado "Contrato de apertura de crédito documentario".

pagos/negociaciones/aceptaciones efectuadas con anterioridad al recibo de la notificación de modificación o anulación. Si no se indica lo contrario todo crédito se considera irrevocable.

c') Crédito irrevocable.

El crédito irrevocable no podrá ser anulado ni modificado durante su plazo de validez sin el consentimiento de todas las partes que intervienen en el crédito.

d') Expresiones.

Las expresiones referidas al importe, a la cantidad o al precio de la mercancía, en que se utilicen los términos “alrededor de”, “aproximadamente”, “cerca de” o expresiones similares, significan una tolerancia del 10% en el término afectado.

e') Embarques parciales.

Los embarques parciales están permitidos, si no se especifica otra cosa.

f') Incumplimiento de las condiciones.

En el caso de incumplimiento de las condiciones estipuladas o que se estipulen para el presente crédito, el Banco queda facultado para disponer de las mercancías, que se entenderán depositadas en garantía, y para enajenarlas, en su caso, en pública subasta ante Notario, y todo ello con arreglo a los

Artículos 1.780 y 1.872 y concordantes del Código Civil, siendo los gastos a cargo del cliente, quien además quedará obligado a satisfacer el déficit si lo hubiese.

g') Corresponsal.

Al utilizar el concurso de un Corresponsal, el Banco no asume ninguna responsabilidad ante su cliente, en el caso de que las instrucciones no las haya seguido aquél con exactitud. El cliente es responsable ante el Banco de todas las obligaciones que incumban al Corresponsal debidas a las leyes y usos de los países extranjeros.

h') Seguro.

La póliza o certificado de seguro, si no se especifica otra cosa, será emitido por el 110% del valor C.I.F. o C.I.P. o bien, si no se puede determinar dicho valor por los documentos presentados, del valor del pago/aceptación/negociación o del valor bruto de la factura comercial eligiendo el mayor de ambos.

i') Períodos para embarque.

Para las fechas en los períodos para embarque, los términos “primera mitad” y “segunda mitad” de un mes, se entenderán, respectivamente, del 1 al 15, ambos inclusive, y desde el 16 al último día del mes, ambos inclusive.

Igualmente las expresiones “a comienzos”, “a mediados”, o “a finales” del mes se considerarán como del 1 al 10, del 11 al 20 y del 21 al último día de mes, respectivamente, todos inclusive.

j') Divisa.

En el caso de que el vencimiento de pago coincida con un día inhábil a efecto de Mercado de Divisas se adelantará al primer día hábil de Mercado de Divisas, si está cifrada la operación en divisas, o al primer día laborable antes del vencimiento siempre que el Banco pueda realizar el reembolso. El Banco queda autorizado para adquirir la divisa el día que proceda comprarla, para que esté disponible con la valoración del pago cuando éste sea a plazo.

El Banco podrá adquirir la divisa y liquidar la misma al cliente cuando reciba la comunicación de su Corresponsal de haber efectuado un pago sin esperar a recibir los documentos de utilización del crédito.

k') Exención de responsabilidad del Banco.

El Banco llevará a cabo la operación reseñada por cuenta y riesgo del cliente, quedando el Banco exento de toda responsabilidad en lo que respecta a la forma, suficiencia, exactitud, autenticidad, falsedad, valor legal, validez y procedencia de los documentos que recoja en virtud de dicho crédito, así como también por la calidad, cantidad, descripción, peso, estado, embalaje, despacho, valor y existencia de las mercancías que los mismos representen e igualmente por una posible interpretación errónea, ya sea de palabras técnicas o bien de la traducción del español a otro idioma o viceversa, reservándose el derecho de transmitir los términos de los créditos sin traducirlos. Tampoco asume el Banco obligación respecto a la buena fe, a los actos y/o omisiones, a la solvencia, al cumplimiento de las obligaciones o a la reputación de los expedidores, de los transportistas, de los transitarios, de los consignatarios o de los aseguradores de las mercancías o de cualquier otra persona quien quiera que sea.

También queda relevado el Banco y sus Corresponsales de toda responsabilidad por retraso en la tramitación de las órdenes, demora, extravío

o mutilación de documentos o cualquier otro incidente que se pudiera producir en los servicios de Correos y Telégrafos, siempre que no sean imputables a aquéllos.

l') Pago.

Una vez el cliente haya retirado/recibido los documentos correspondientes a la utilización del crédito, queda el Banco autorizado a efectuar su pago con cargo a la cuenta del cliente, en el momento que proceda, de acuerdo con los términos y condiciones del crédito y/o a levantar cualquier tipo de reserva que se hubiera puesto sobre los documentos.

b) Tarjetas de crédito y de débito⁸³³.

a') Definiciones.

- Tarjetas.

Son los medios de pago emitidos por “la Caixa” y de su propiedad, amparados en este contrato. Tienen distintas modalidades según las formas de utilización y de pago. Pueden ser a débito, a crédito, y/o de prepago o monedero electrónico.

Una misma tarjeta puede tener todas las modalidades citadas o sólo algunas de ellas.

Las modalidades amparadas por este contrato son las que se indican en las condiciones particulares.

⁸³³ Modelo contractual de “LA CAIXA”, nominado “Condiciones generales del contrato de tarjetas”.

- *Contratante.*

Se denomina “contratante” la persona que consta en las condiciones particulares, la cual suscribe este contrato.

- *Titulares.*

La titularidad de cada una de las tarjetas asociadas a este contrato corresponde a la persona física (en adelante el titular) a cuyo nombre se expide la tarjeta con carácter personal e intransferible, por petición explícita del contratante.

b’) Duración del contrato y caducidad de las tarjetas.

Este contrato tiene una duración indefinida. Las tarjetas son válidas hasta el último día del mes que figura grabado en relieve, siendo facultad de “la Caixa” renovarlas a su vencimiento. No obstante, respecto a la modalidad de monedero electrónico, podrá utilizarse hasta agotar el saldo disponible en la fecha final, si consta.

c’) Servicios que ofrecen las tarjetas.

La tarjeta, según su tipo y características, permite a su titular obtener todos o alguno de los siguientes servicios (modalidad a débito y/o crédito):

- Adquirir bienes y obtener servicios en todos aquellos establecimientos nacionales o extranjeros en los que sea aceptada la tarjeta.

- Disponer de efectivo en las oficinas y cajeros automáticos de “la Caixa” y de todas aquellas entidades nacionales y extranjeras con las que haya acuerdos al respecto.

- Acceder a información y ordenar operaciones referentes al contrato de tarjeta, al depósito asociado a otros contratos y/o domiciliaciones con “la

Caixa". Siendo responsabilidad exclusiva del contratante el uso que los titulares puedan hacer de esta facultad.

- Aquellos otros servicios que se pongan a su disposición conforme a sus normas y condiciones propias.

d') *Utilización de la tarjeta.*

"la Caixa" podrá establecer límites operativos y de seguridad en cada tarjeta. Excepto la modalidad monedero electrónico sin depósito asociado, "la Caixa" facilita al titular un número de identificación personal (PIN), cuyo tecleo tiene la consideración de autorización por el mismo. El PIN puede variarse tantas veces como crea conveniente el titular de la tarjeta. En las operaciones realizadas en el extranjero, los importes en divisas se convertirán en pesetas.

e') *Obligaciones del contratante.*

- Aceptar todas las operaciones realizadas con las tarjetas y el cargo en el depósito del importe de dichas operaciones.

- Admitir como justificante de las operaciones y de su importe, el que registre la propia tarjeta, el que figure en los registros informáticos de "la Caixa" y los comprobantes emitidos por cualquier dispositivo habilitado para operar con tarjetas.

- Comunicar inmediatamente a "la Caixa" el cargo de cualquier transacción no autorizada por los titulares de las tarjetas, y de cualquier error o irregularidad que se detecte en el funcionamiento de la tarjeta.

- El cumplimiento de todas las obligaciones que para él se deriven de este contrato.

- Responder ante “la Caixa” del incumplimiento por los titulares de las obligaciones que siguen.

f') *Obligaciones de los titulares.*

- *Firmar la tarjeta de inmediato, si hay un espacio reservado al efecto, conservándola y usándola correctamente.*

- *Mantener en secreto el número de identificación personal (PIN), sin anotarlo en la tarjeta ni en ningún otro documento que pudiera encontrarse con la tarjeta, excepto las modalidades que no dispongan de PIN.*

- *Tomar las precauciones necesarias a fin de evitar la sustracción, falsificación o pérdida de la tarjeta.*

- *En tales supuestos u otros de conocimiento del número de identificación personal por otras personas, contra su voluntad, notificar inmediatamente el hecho a “la Caixa”.*

- *En caso de sustracción, pérdida o falsificación de la tarjeta, presentar a “la Caixa” el correspondiente resguardo de la denuncia efectuada ante la autoridad competente.*

- *Devolver la tarjeta a “la Caixa” cuando ésta lo exija.*

- *Tratándose de tarjetas que no contengan monedero electrónico, destruir la tarjeta que haya caducado o que se haya sustituido por otra.*

- *En general, para adquirir bienes y utilizar los servicios que ofrece la tarjeta en los establecimientos adheridos:*

- *Presentar la tarjeta.*

- *Firmar la factura extendida por el establecimiento, en su caso, lo cual supondrá la plena conformidad a la operación realizada.*

- *Acreditar su identidad si lo solicita el establecimiento.*

- *Teclear el número de identificación personal, PIN, cuando sea necesario.*

- *El cumplimiento de todas las obligaciones que para los titulares se deriven en este contrato.*

g') *Responsabilidades (modalidad a débito y/o crédito).*

La responsabilidad del contratante para las operaciones fraudulentas realizadas por terceros, durante las 24 horas anteriores a la notificación a “la Caixa” se establece en 20.000'- Pesetas, a menos de que se haya actuado fraudulentamente, intencionadamente, negligentemente o no se hayan respetado las condiciones establecidas en el presente contrato.

h') *Operatividad de las tarjetas.*

a") *Operaciones a débito.*

Tan pronto como “la Caixa” tiene conocimiento de ellas, se cargan directamente en el depósito asociado con fecha valor del día de su realización.

b") *Operaciones a crédito.*

El límite del crédito concedido por “la Caixa” se entiende compartido por todas las tarjetas asociadas a este contrato. Su importe se indica en las condiciones particulares, y el contratante puede solicitar en cualquier momento a “la Caixa” la variación del límite. Por su parte, “la Caixa” se reserva el derecho de variarlo o incluso suprimir el crédito, notificándolo oportunamente al contratante.

c") *Extracto de operaciones a crédito de la cuenta de la tarjeta.*

“la Caixa” envía periódicamente al contratante, un extracto de la cuenta de tarjeta, que tiene la consideración de factura, conteniendo las operaciones realizadas durante dicho período de las que “la Caixa” tenga conocimiento.

d”) Modalidades de pago de las operaciones “a crédito”.

A fin de reembolsar a “la Caixa” la deuda pendiente, el contratante puede optar entre:

- Satisfacer el importe total de la deuda en la fecha indicada en el mencionado extracto de cuenta de tarjeta.

- Aplazar el pago de la deuda, total o parcialmente, amortizándola periódicamente de acuerdo con la modalidad escogida de entre las que “la Caixa” ofrezca en cada momento. El importe a satisfacer se cargará en el depósito asociado, en el período y con la valoración indicados en el mencionado extracto.

Los excesos de límite pueden ser adeudados en el momento en que se produzcan o con posterioridad; en este último caso, las cantidades excedidas devengan la comisión establecida por “la Caixa”.

El contratante puede solicitar a “la Caixa” la variación de la modalidad de pago.

i’) Intereses por pago aplazado.

Las cantidades que resulten aplazadas devengan el tipo de interés nominal mensual indicado en las condiciones particulares. Tales intereses se calculan según la fórmula siguiente:

$$I = C \times i,$$

siendo C el saldo aplazado e i el interés nominal mensual en tanto por uno.

El coste anual postpagable de la operación (TAE) es, a efectos

informativos, el indicado en las condiciones particulares, calculado en función de la fórmula siguiente:

$$((1 + i) 12 - 1) \times 100$$

donde i es el tipo de interés nominal mensual de plazo en tanto por uno.

Los intereses se liquidan por meses naturales vencidos. “la Caixa” comunica dicha liquidación mediante el envío del mencionado extracto de cuenta de tarjeta.

j’) Comisiones.

Por cada una de las tarjetas asociadas a este contrato, el contratante debe satisfacer a “la Caixa” las cuotas en concepto de tenencia (emisión o renovación y mantenimiento) y las de carga del monedero electrónico que se indican en las condiciones particulares. Asimismo, el contratante debe satisfacer las comisiones vigentes en cada momento, que constan en el folleto de tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles, por la utilización de las tarjetas asociadas al contrato para la obtención de cualquier tipo de servicio de los que se ofrecen.

k’) Modificación del tipo de interés, de las comisiones y de otras condiciones.

“la Caixa” se reserva el derecho de modificar las comisiones y los tipos de interés establecidos en este contrato.

“la Caixa” queda obligada a comunicar al contratante las modificaciones de las tarifas mediante los tabloneros de anuncios de las oficinas, o en el marco de cualquier comunicación que envíe al cliente, o por otro sistema establecido legalmente, indicando el plazo de su entrada en vigor, que no podrá ser inferior al plazo legalmente establecido desde la fecha de la comunicación.

Además, los diversos apartados que se detallan en las condiciones particulares pueden ser igualmente modificados por “la Caixa” cuando las circunstancias lo requieran, mediante la notificación oportuna al contratante.

Si no le convienen al contratante las nuevas condiciones, podrá rescindir este contrato, mediante notificación a “la Caixa”. En este caso, el posible saldo aplazado pendiente de pago deberá ser satisfecho al contado o bien mediante cuotas mensuales que no podrán ser inferiores al 10% del límite de crédito vigente.

Si la modificación fuese beneficiosa para el contratante podrá ser aplicada de inmediato.

l') Depósito asociado o de domiciliación de pago.

Los cargos y abonos que se produzcan como consecuencia de este contrato se realizarán en el depósito asociado especificado en las condiciones particulares.

En caso de no haber ningún depósito asociado, los pagos a realizar por el contratante a “la Caixa”, así como los que esta tenga de hacer al primero, se efectuarán en cualquiera de los depósitos o tarjetas mencionadas (...), a cuyos efectos “la Caixa” queda autorizada para efectuar o cursar los correspondientes cargos, recibos o abonos, contra los mismos y contra el saldo del monedero electrónico.

ll') Situaciones de impago.

En el supuesto de que en el momento de realizar el cargo de las cantidades que por razón de este contrato deba satisfacer el contratante, no exista saldo suficiente en el depósito asociado, o en cualquier otro a nombre del contratante abierto en “la Caixa”, o el recibo emitido por “la Caixa” haya estado devuelto

impagado, y en cualquier caso en que “la Caixa” no haya recuperado a su vencimiento los importes que acredite, podrá optar por:

- *Realizar el adeudo en el citado depósito asociado, aún cuando con ello se origine un descubierto a favor de “la Caixa”.*
- *Abrir una cuenta especial donde se cargará el importe de la totalidad de las operaciones no satisfechas por el contratante, quedando entonces éste último obligado al pago total de su importe. Esta cuenta acreditará a favor de “la Caixa” y desde el momento de su apertura el tipo de interés nominal anual que resulte de sumar dos puntos al resultado de multiplicar por doce el tipo de interés nominal mensual que figura en las condiciones particulares, teniendo como mínimo el tipo de interés nominal anual establecido por “la Caixa” para los descubiertos en depósito de ahorro. Los intereses se calculan según la fórmula siguiente:*

$$Id = (Se \times n \times id) / 36.000,$$

siendo Id el importe absoluto de los intereses, Se el saldo medio de la cuenta en el período liquidado, n el número de días del período liquidado, id el tipo de interés nominal anual en tanto por ciento.

La liquidación de intereses se realizará por meses vencidos y su importe se acumulará al saldo deudor de la cuenta, siendo computable a efectos de nuevos intereses de conformidad con el artículo 317 del Código de Comercio.

En la fecha de cancelación de la cuenta especial se practicará una liquidación extraordinaria correspondiente a la fracción transcurrida del mes corriente.

El contratante autoriza a “la Caixa” a compensar cualquier obligación vencida de este contrato, o contraída ante “la Caixa” con motivo de los servicios relacionados con éste, con cargo a cualquier depósito del que sea titular, a la vista o a plazo, de efectivo o de valores, que podrá cancelar anticipadamente y proceder a la venta de valores, si fuera necesario.

m') Causas de resolución.

El contratante puede en cualquier momento solicitar la cancelación de este contrato previa devolución de las tarjetas asociadas al mismo y la liquidación total y anticipada de la deuda.

“la Caixa” podrá resolver y dar por vencido este contrato, y exigir el pago inmediato de cuantas cantidades acredite, si el contratante dejara incumplida cualquiera de las cláusulas de este contrato o hubiera incumplido cualquier otra obligación líquida y exigible que tenga contraída con “la Caixa”, en virtud de operaciones distintas de la presente, o estuviera inmerso en una situación concursal.

n’) Domicilio y comunicaciones.

Se entiende como domicilio único del contratante, a todos los efectos, aunque la titularidad sea a favor de una pluralidad de personas, el que figura en las condiciones particulares.

En caso de cambio de domicilio, el contratante deberá notificarlo a “la Caixa” inmediatamente y por escrito. Se considerarán recibidas por el contratante todas las comunicaciones que “la Caixa” le dirija al último domicilio que figure en sus archivos.

B.- MEDIACIÓN EN LA EMISIÓN DE VALORES MOBILIARIOS⁸³⁴.

a) Notas.

⁸³⁴ Modelo contractual del Banco Santander-Central-Hispano, S.A., denominado “Orden de valores”.

a') *Operaciones.*

Además de las operaciones indicadas se podrá cursar cualquier otra orden de valores, indicando a la oficina la operación que desee realizar:

- *Compra con pacto de reventa.*
- *Reventa por cancelación anticipada.*
- *Mandato revocable de compra.*
- *Mandato revocable de venta.*
- *Amortización opcional.*
- *Constitución de préstamo de valores.*
- *Cancelación de préstamo de valores.*
- *Operaciones de opciones y de futuros.*
- *Depósito o administración de valores.*
- *Operaciones con deuda pública en anotaciones.*

Los mandatos revocables de compra o de venta se convertirán en órdenes irrevocables si, llegado el plazo de validez, no se han recibido instrucciones en sentido contrario.

b') *Valores.*

Debe indicarse la Clase de Valor (acciones, obligaciones, bonos, derechos de suscripción, participaciones en Fondos de Inversión, Letras del Tesoro, Bonos u Obligaciones del Estado, etc.) y la denominación del valor identificado por la entidad emisora y la emisión del valor.

En las compras de derechos de suscripción, si se trata de ampliación de capital con desembolso y no se recibe otro tipo de instrucciones al menos dos días hábiles antes de la finalización del plazo de suscripción, el Banco procederá a vender los derechos, si hubiera mercado para ello.

En operaciones sin desembolso, el Banco realizará la orden de suscripción, vendiendo los derechos sobrantes, si hubiera mercado.

En las ventas de derechos de suscripción limitadas, el Banco realizará la operación por lo mejor y conforme a las normas de contratación establecidas en el mercado dentro de los dos días hábiles antes de finalizar el plazo, si hubiera mercado.

c') Cambio límite.

El Cambio límite se expresará con arreglo a la forma de cotización del valor: en euros con céntimos añadiendo la abreviatura de "Eur" (o en la moneda de cotización del valor) si se trata de valores de renta variable (acciones), o en porcentaje si se trata de valores de renta fija.

De no indicarse, las órdenes se considerarán por lo mejor y conforme a las normas de contratación establecidas para cada mercado.

d') Plazo de validez.

De no indicar Plazo de validez, las órdenes de Bolsa se considerarán anuladas el último día del mes en que sean cursadas, salvo las recibidas después del día 25 que no se anularán hasta fin del mes siguiente.

En el caso de mandato revocable de compra o de venta se anotará la fecha límite de revocación.

e') Condiciones de la operación.

Se indicarán las condiciones de la operación: traspaso contra pago, ejecución total o nula, etc. (datos que concretan la operación ordenada).

Cuando se trate de una orden para acudir a una Oferta Pública, se concretarán las particularidades que se hayan definido obligatorias para los mandatos en el folleto de la oferta.

f') Canje/Conversión.

Se indicarán los datos correspondientes a los valores a canjear así como los datos de los valores que se han de recibir como consecuencia de la operación de canje o conversión.

g') Traspaso.

Cuando el Traspaso se refiera a solicitud de valores depositados en otra Entidad, se adjuntará la documentación que exija la Entidad para que ésta pueda proceder a la cumplimentación de sus instrucciones por nuestra mediación.

b) Órdenes de Adquisición de Activos Financieros.

El cliente recibirá documento complementario con los datos de cumplimentación de las operaciones concertadas; de no figurar en su poder antes de diez días contados desde la fecha del presente documento, deberá acudir a la oficina receptora de la orden para retirarlo.

Caso de que antes del término del plazo pactado, el titular ordenara la venta o descuento del activo financiero adquirido en virtud de esta orden, el Banco cuidará de cumplimentar la operación, aceptando el ordenante desde

ahora la posible demora para alcanzar la colocación deseada, así como la aplicación al descuento del tipo de interés nominal señalado por el mercado para este activo financiero.

En cumplimiento de lo dispuesto en la normativa vigente se hace constar a continuación la fórmula utilizada para obtener, a partir del tipo de interés nominal anual pactado, el importe absoluto de los intereses devengados:

(Efectivo x Días x Tipo de interés): 36.500.

Asimismo se hace constar que la Tasa Anual Equivalente (TAE) que se expresará en el documento que recoge los datos de cumplimentación de esta orden, se calculará conforme a lo establecido en el Anexo V de la Circular del Banco de España número 8/1990, de 7 de septiembre (BOE n.º 226 de 20 de septiembre de 1990), modificada por la Circular del propio Banco de España número 13/1993, de 21 de diciembre (BOE número 313, de 31 de diciembre de 1993).

C.- DEPÓSITO ADMINISTRADO DE VALORES⁸³⁵.

a) Funcionamiento de la cuenta de valores.

El Banco reflejará en la Cuenta de Valores, los valores representados en forma de títulos o anotaciones en cuenta, cuyo depósito o administración se le haya confiado. El titular ha de acreditar suficientemente su derecho sobre los mismos.

⁸³⁵ Modelo contractual del Banco Santander-Central-Hispano, S.A., nominado “Contrato-tipo de depósito o administración de valores”.

Si los valores estuviesen representados por medio de títulos, el titular los entregará al Banco (...).

Si los valores estuviesen representados mediante anotaciones en cuenta, el Banco se compromete a practicar su inscripción a favor del titular en el Registro contable correspondiente (...).

Si los valores objeto del presente contrato-tipo fueran los resultados de la ejecución de una Orden de Valores dada por el titular al Banco, dichos valores quedarán depositados en el mismo. Los valores que pueda adquirir el titular en el futuro a través del Banco quedarán incluidos, salvo instrucciones en contrario, en el depósito constituido mediante este contrato-tipo.

En los tres supuestos anteriores se entenderá perfeccionado el contrato en el momento en que los valores queden efectivamente depositados en el Banco.

b) Cuenta asociada.

El Banco abonará en la cuenta asociada los intereses, dividendos, devoluciones de nominal y redondeos por aportaciones, así como cualquier otro rendimiento de las operaciones que se deriven de los valores administrados. En esa misma cuenta se cargarán los importes correspondientes a la compra de acciones, obligaciones, derechos de suscripción y otros valores, así como los correspondientes a suscripciones, canjes y conversiones.

c) Solidaridad.

En caso de ser varios titulares, estos responden solidariamente frente al Banco del cumplimiento de todas las obligaciones derivadas del presente contrato-tipo.

d) Disposición de la cuenta de valores.

En el supuesto de no haberse pactado forma alguna para disponer de la cuenta de valores, se entenderá que cualquiera de ellos podrá hacerlo de forma indistinta.

El titular podrá autorizar a una o más personas para que disponga de su cuenta de valores, dando las instrucciones pertinentes al Banco por escrito para ello. Si no se especificara limitación alguna a la actuación de las personas autorizadas, se entenderá que tienen las mismas facultades que el titular, incluida la venta de los títulos.

e) Extensión del depósito o administración de valores.

Los valores objeto del depósito o administración serán los que en todo momento tenga el Banco registrados a favor del titular o custodiados en su nombre y que se reflejen en el pertinente Extracto de la Cuenta de Valores, con motivo de las Ordenes de Valores comunicadas al Banco por el titular o resultantes de la administración del depósito.

f) Custodia de los valores depositados o administrados.

El Banco está obligado a custodiar los valores representados mediante títulos y a mantener, en su caso, la inscripción, previamente practicada, de los valores representados mediante anotaciones en cuenta.

El Banco no se hace responsable de las pérdidas o deterioros que puedan sufrir los valores objeto del contrato-tipo de depósito o administración por causa de fuerza mayor o caso fortuito, como puede ser a modo de ejemplo la caída de los sistemas informáticos.

g) Administración del depósito de valores.

De no recibir con la debida antelación instrucciones escritas en contrario, el Banco queda autorizado a realizar todos aquellos actos y operaciones propias del funcionamiento habitual de una administración de depósitos de valores, a fin de que dichos valores conserven los derechos que les corresponden, de conformidad con las disposiciones legales aplicables. Entre estas operaciones el Banco se ocupará:

a) Del cobro de los intereses o dividendos correspondientes, o del principal en caso de reembolso parcial o amortización total, con la presentación o entrega de los títulos y, en su caso, cancelación de la inscripción correspondiente;

b) De atender las operaciones obligatorias, tales como presentación de títulos a canjes, cambios, estampillados por aumento o disminución de capital, cuando proceda, o desembolso de los dividendos pasivos correspondientes, previa previsión de fondos a tal fin;

c) De comunicar al titular las operaciones voluntarias o potestativas, solicitando las instrucciones oportunas, que deberán llegar a poder del Banco, como mínimo, con un margen de dos días hábiles de negociación en el mercado donde coticen antes de la finalización de la operación de que se trate, para que ésta pueda ser cumplimentada dentro de los plazos que se señalen (...).

El Banco no será responsable de cualquier error u omisión que pueda producirse por causa imputable al titular y que no se hiciera subsanar en tiempo oportuno por éste.

El Banco asume las obligaciones anteriormente mencionadas, respecto a las operaciones a las que se refiere, siempre que sean hechas públicas de forma oficial por la Entidad emisora, en otro caso, el titular deberá prevenir al Banco para su conocimiento, cursando las instrucciones correspondientes.

h) Información que ha de prestar el Banco al titular.

El Banco suministrará por escrito al titular la información sobre los valores depositados o administrados, recabando del mismo, cuando proceda, sus instrucciones específicas.

El Banco remitirá al titular Extractos de la Cuenta de Valores detallando de forma clara y concreta las operaciones y situación de los mismos. Dicha remisión se realizará inmediatamente después de constituir el depósito o administración, así como cada vez que el titular efectúe alguna operación que modifique o altere la composición de los valores depositados o administrados (...).

No obstante lo anterior, el Banco proporcionará al titular, siempre que éste lo solicite por escrito, y ello dentro del plazo legal, toda la información concerniente a las operaciones contratadas por el titular, pues el Banco llevará un registro de las operaciones realizadas y un archivo de justificantes de la órdenes recibidas.

El Extracto de la Cuenta de Valores constituye para el Banco, salvo error, un medio acreditativo del registro y del derecho del titular sobre los valores indicados en él, entendiéndose que el último Extracto refleja la realidad vigente en esa fecha, sustituyendo y anulando los Extractos de fechas anteriores. Dicho Extracto es un documento nominativo e intransferible, no pudiendo ser, por tanto, objeto de transmisión o endoso, y constituye título suficiente para que el titular pueda exigir del Banco la restitución de los valores depositados a administrados por el mismo, lo que no impedirá que el titular pueda acreditar su derecho por otros medios.

i) Comisiones, gastos e impuestos.

El Banco cobrará las comisiones y gastos establecidas en su Tarifa de Comisiones y Gastos repercutibles a Clientes vigentes en cada momento, por las operaciones relativas a la constitución, cancelación y administración de depósitos, sin perjuicio de cualesquiera otras comisiones que puedan

devengarse por razón de otras operaciones ordenadas por el titular o realizadas por su cuenta en relación con los valores.

Cualquier modificación que el Banco realice de su Tarjeta de Comisiones y Gastos por estas operaciones, será comunicada por escrito al titular, pudiendo no obstante, incorporarse a cualquier información periódica que el Banco le deba suministrar. Si el titular no aceptase la modificación, podrá dar por cancelado el presente contrato, comunicándolo al Banco. Pasados dos meses a partir de la notificación al titular sin manifestación alguna en su contra, se entenderá que acepta la modificación, y las nuevas condiciones se aplicarán de forma inmediata. No obstante, si la modificación implicase claramente un beneficio al titular, las nuevas tarifas se aplicarán inmediatamente (...).

j) *Provisión de fondos y valores.*

El Banco queda autorizado para adeudar las cantidades a que alude la Estipulación “Comisiones, gastos e impuestos”, en la cuenta asociada y, en su defecto de saldo acreedor suficiente en dicha cuenta asociada, en cualquiera de las cuentas corrientes o, en su defecto, en cualquiera de las cuentas de ahorro abiertas en el Banco a nombre del titular y, finalmente se procederá a la venta de los valores depositados o administrados de mayor a menor liquidez en el mercado.

Asimismo, si se produjera un descubierto de valores, habiéndose cursado por el titular una orden de venta, serán de su cuenta los perjuicios de todo orden que pudieran producirse al Banco, especialmente si llegara a ejercitarse la operación de recompra por el Servicio de Liquidación y Compensación de Valores (...).

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1730 y 1780 del Código Civil, el Banco, en garantía de la remuneración debida y de las indemnizaciones y reembolsos a que tenga derecho, podrá retener en prenda los valores que en definitiva estén depositados o administrados al amparo de este contrato-tipo,

disfrutando el Banco de la preferencia establecida en el artículo 1922.2º. del Código Civil.

k) Duración y extinción del contrato-tipo.

El presente contrato-tipo se establece, salvo pacto especial en contrario, por tiempo indefinido, extinguiéndose por la voluntad unilateral de cualquiera de la partes, previo aviso con quince días hábiles de antelación, procediendo el Banco en este caso y transcurrido este plazo, a restituir al titular los valores, bien mediante la entrega física de los títulos, bien mediante el traspaso o transferencia a los Registros contables de otra Entidad adherida al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, u otros Servicios de Liquidación, previa devolución por el titular, en ambos casos, del último Extracto de la Cuenta de Valores o, en su caso, del certificado de legitimación, así como de los resguardos o certificados de depósito originales que el Banco hubiera expedido, firmados por el titular, a modo de recibí, procediendo el Banco, si ello fuere necesario, a realizar la consignación judicial de los valores si el titular se negase a recibirlos.

No obstante lo anterior, el Banco podrá dar por resuelto el presente contrato-tipo de forma inmediata, siempre que concurra una causa que justifique tal decisión, que, a título meramente enunciativo y no limitativo, son las siguientes:

- a) Que no se notifique al Banco cualquier cambio o modificación en la titularidad de los valores depositados o administrados;*
- b) Que tuviese lugar la insolvencia notoria del titular;*
- c) Que el titular incumpla cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato-tipo, especialmente las de pago;*
- d) Que el titular mantenga sin cancelar o regularizar cualquier descubierto en la cuenta asociada quince días después de haberlo ocasionado;*

e) Que se promueva contra el titular procedimiento judicial, administrativo o notarial en que pueda producirse el embargo o subasta de sus bienes, así como la declaración de quiebra o concurso de acreedores, o la solicitud de suspensión de pagos o quita y espera.

1) Restitución o transferencia contable de los valores.

En el supuesto de que se solicite el traspaso de los valores a otra Entidad, será necesario que se cumplimente el modelo que al efecto tenga establecido el Banco, el cual deberá presentarse al Banco junto con el último Extracto de la Cuenta de Valores firmado al dorso por el titular, a modo de recibí y demás documentos necesarios al efecto.

Llegado el caso, el Banco restituirá al titular los mismos títulos entregados, y si ello no fuera posible, por razón de la fungibilidad de los valores, le restituirá una cantidad igual a la depositada o administrada, de la misma clase que los depositados o administrados, con iguales características y que confieran idénticos derechos.

No podrán ser objeto de restitución los valores afectados a fianzas o garantías, ni los sujetos a embargos o retenciones judiciales.

El Banco percibirá la comisión de cancelación o de traspaso contenidas en sus Tarifas de Comisiones vigentes en el momento de la cancelación o traspaso, quedando autorizado para adeudar estas cantidades en la forma prevista en la Estipulación "Comisiones, gastos e impuestos" de este documento.

II) Domicilios.

A efectos del envío de correspondencia y de cualquier tipo de notificación o comunicación, el titular designa como domicilio, para cada uno de ellos, el indicado en el presente contrato.

Cualquier cambio o modificación en el domicilio expresado deberá ser comunicado por escrito a la otra parte, la cual quedará exonerada de cualquier responsabilidad hasta tanto no se efectúe dicha notificación (...).

CONCLUSIONES

Hemos podido comprobar la progresiva reducción del ámbito de aplicación de los usos de comercio, hasta nuestros días, lo que contrasta con la importancia que tuvieron en otras épocas históricas. Se pueden apuntar dos motivos principales que explican este fenómeno:

1) De un lado, la abundante proliferación de normas legislativas y reglamentarias, resultado de la asunción de la función de tutela de los intereses colectivos por el Estado moderno. Lo cual es una manifestación del monopolio legislativo; realizándose, en detrimento de la función de las costumbres, en general (y de los usos de comercio, en particular), como mecanismo de autorregulación de las fuerzas sociales con capacidad de normación.

2) De otro lado, el predominio de los contratos de adhesión, que responden a esquemas negociales rápidos y uniformes, en contratos-tipo, a través de la estipulación previa y unilateral de las condiciones generales de contratación, que una parte, económicamente organizada, impone a otra, que no lo está. No obstante, en ciertos casos, estas condiciones generales pueden recoger usos mercantiles anteriores; y, en otros, ser origen de nuevos usos, si bien limitados a su ámbito de aplicación material, siempre y cuando dichas condiciones generales hayan sido objeto de una observancia uniforme, general y duradera; y no resulten contrarias a las leyes mercantiles, ni ser impuestas por la voluntad unilateral de una de las partes contractuales.

No obstante ello, se hace necesario re-examinar el uso de comercio, ya que no se puede desconocer su carácter de fuente del Derecho mercantil. En particular, se pueden destacar varias razones fundamentales que justifican la eficacia de los usos bancarios como fuentes del Derecho (entiéndase Bancario):

1) Principalmente, la ausencia de una Ley de Contratos Bancarios, que regule un importante sector de la contratación mercantil, como es el bancario, disciplinado por multitud de disposiciones reglamentarias, que no es sino expresión de la desidia del legislador en su ordenación, delegando dicha función en las autoridades administrativas. Esta labor legislativa es reclamada por la doctrina desde hace tiempo; y, a tal fin, podemos recordar que, en materia de

seguros, el legislador ya asumió dicha tarea, cuando en 1980 aprobó la Ley de Contrato de Seguro. Por otra parte, no olvidemos que multitud de costumbres y usos jurídicos han cristalizado, finalmente, en Leyes (en el ámbito mercantil, este fenómeno de cristalización se destaca en la elaboración del vigente Código de Comercio de 1885); por tanto, cualquier formulación legislativa que se emprenda relativa a contratación bancaria no puede desconocer la importante presencia de los usos bancarios en este ámbito material.

2) También hay razones de sustantividad jurídica, por otra parte relevante en el ámbito doctrinal, pues es preciso dotar de un marco normativo propio a este destacado sector jurídico del Derecho mercantil, el cual tiene un ámbito de actuación especial, orientado por un conjunto de principios propios.

3) Asimismo, la necesidad de ofrecer las mayores garantías jurídicas posibles en la contratación bancaria, de forma que estén perfectamente delimitados los derechos y obligaciones recíprocos de ambas partes contractuales, evitándose así un elevado grado de litigiosidad ante los órganos judiciales. Con ello, se contribuye a la reducción de los problemas tradicionales de la Administración de Justicia en España, ocasionados por el elevado número de demandas planteadas frente a los actuales medios humanos y materiales existentes; hecho favorecido por el mayor grado de conocimiento jurídico de los ciudadanos y por la falta de mecanismos arbitrales intermedios, que ofrezcan soluciones pactadas.

4) También, el reconocimiento de un hecho: el intento de una de las partes contractuales, el Banco, por asumir el poder de normación, mediante las condiciones generales de la contratación bancaria, incluidas en los diversos formularios, que el cliente se limita a firmar; sustrayéndose así toda posible intervención a las organizaciones de usuarios bancarios en su proceso de elaboración. Por lo que es deseable la formación de un Consejo Consultivo en la elaboración y aprobación de condiciones generales uniformes, en el que participen las autoridades administrativas y los representantes de las entidades de crédito y de los usuarios de la Banca. Es, precisamente, el actual carácter de imposición unilateral de dichas condiciones generales lo que impide su consideración como fuente del Derecho (unilateralidad de imposición de las

normas jurídicas reservado, en exclusiva, al poder legislativo). Por el contrario, dicho carácter jurídico es reconocido a los usos bancarios, como usos del comercio específicos del sector bancario; usos del comercio que son fuente del Derecho mercantil en virtud del art. 2 CCo., y que, por su consideración como costumbre, son asimilados a ésta, como usos jurídicos, en virtud del párr. 2º. del art. 1.3 CC.

5) Por último, hay razones de virtualidad práctica, que abogan por el reconocimiento de la eficacia de los usos bancarios, dada su proximidad al tráfico mercantil, enormemente cambiante, lo cual contrasta con el carácter de permanencia de la Ley.

Todas estas razones ponen de manifiesto que, si bien el conocimiento del tráfico mercantil actual hace necesaria la recopilación de los usos de comercio, en el ámbito estrictamente bancario, la recopilación de costumbres y usos bancarios está especialmente justificada, pues ello permite reordenar y sistematizar la normativa aplicable a las operaciones bancarias, posibilitando, asimismo, su plasmación en cláusulas contractuales. El art. 12.13 del Decreto de 16 de octubre de 1950 encomendó, al respecto, al C.S.B. la tarea de una recopilación ordenada de los usos y costumbres mercantiles bancarios; esta misión, pese a la derogación de este Decreto de 1950 por la D.D. Única, ap. 3, de la Ley 3/1994, ha sido asumida actualmente, conforme a la O.M. de 13 de mayo de 1994, por la A.E.B., como entidad representativa de los bancos, al sustituir a aquél que ha sido disuelto, en virtud de lo dispuesto en la D.A.11ª. de la Ley 3/1994. No obstante, esta misión recopilatoria, atribuida a la A.E.B., como heredera del Consejo Superior Bancario, no se ha realizado aún, por lo que es imposible determinar el grado de eficacia de la recopilación de usos bancarios en España.

Ante la ausencia de una recopilación de costumbres y usos bancarios, hay que destacar la importante función que ha desempeñado el SRBE, desde su creación en 1987, como mecanismo de protección de la clientela bancaria; pues sus informes, si bien no son vinculantes para clientes y entidades de crédito, han

permitido determinar si la actuación de éstas ha quebrantado normas de disciplina bancaria o de usos bancarios y buenas prácticas bancarias. Ello ha conformado una doctrina en la que basar lo que debe ser una correcta práctica bancaria; uniformando, así, de alguna forma, el contenido de las relaciones bancarias entre el cliente y la entidad de crédito.

Es lamentable que esta labor recopilatoria no se haya cumplido en nuestro país, ya que dicha recopilación estaría dotada de una gran dosis de presunción de veracidad, que una parte interesada podría fundamentar, haciendo referencia a la misma, con una presunción *iuris tantum*; esto es, cabría impugnarlo con una prueba en contrario (bien por no existir el uso, caer en desuso o haber sido objeto de modificaciones, después de haber sido recopilado).

Otra ventaja de toda tarea recopilatoria, que propugna una empresa de estas características, es la formulación de un conjunto de garantías en el tráfico mercantil, que se expresan, por un lado, en ser un medio preventivo de malas prácticas mercantiles, basándose en su eficacia informativa; y, por otro lado, en la presunción de que los intereses particulares están debidamente tutelados a tenor del uso en cuestión, y que los métodos de actuación empresarial están debidamente controlados, sujetos a los principios de la corrección profesional.

En resumen, la aplicación práctica de las leyes mercantiles, cuyo más claro exponente es el Código de Comercio, nacido con una vocación de permanencia y de generalidad del sistema jurídico mercantil, tiene un ámbito de aplicación material y temporal reducido, dado el carácter de continua mutabilidad del tráfico mercantil; en cambio, los usos y prácticas mercantiles tienen un floreciente campo de actuación (principalmente en el comercio marítimo y el mercado financiero), que no se puede ignorar. Por tanto, las recopilaciones de usos cumplen una importante fuente de conocimiento, del que no puede sustraerse cualquier intento de innovación legislativa, en materia bancaria.

BIBLIOGRAFÍA

ALAMEDA Y ROIG, J., «La costumbre como Fuente del Derecho», en *RJC*, 1908, pp. 5 y ss.

ALBALADEJO, M., *Instituciones de Derecho Civil*, Barcelona, 1960.

—, «En el nuevo Título Preliminar la costumbre supletoria de la ley sigue siendo únicamente la que se practique en el lugar donde ha de aplicarse», en *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*, t. I, Academia Matritense del Notariado, 1977, pp. 55 y ss.

—, *Curso de Derecho Civil Español*, vol. I «Introducción y Parte General», 3ª. ed., Barcelona, 1983.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «La prueba del Derecho consuetudinario», en *RDP*, 1934, pp. 145 y ss.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*, Madrid, 1991.

—, «La función de los usos en el Código de Comercio (notas para una reinterpretación del art. 2 CCo.)», en *RDM*, núm. 205, 1992, pp. 419 y ss.

ÁLVAREZ DEL MANZANO, F., *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2ª. ed., Madrid, 1903.

ANDREU MARTÍ, M^a. M., «Notas sobre la figura del Defensor del Cliente en la práctica bancaria española», en *RDBB*, núm. 54, 1994, pp. 425 y ss.

ARCHIVO DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Acta de la Sesión celebrada por la Sección primera de Derecho Civil el día 11 de diciembre de 1940*.

—, *Acta de la Sesión celebrada por la Sección primera de Derecho Civil el día 18 de diciembre de 1940*.

AURIOLES MARTÍN, A., «Aspectos generales de la contratación bancaria», en *Derecho Mercantil* (coord. por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.), vol. II, 6ª. ed., Barcelona, 2000, pp. 450 y ss.

BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho*, Madrid, 1991.

BALLESTEROS GARRIDO, J. A., «La Ley de Condiciones Generales de la Contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas», en *Act. Civ.*, núm. 20, 2000-2, pp. 743 y ss.

BANCO DE ESPAÑA-SERVICIO JURÍDICO, Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente al Año 1996.

—, Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente al Año 1997.

—, Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente al Año 1998.

—, Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente al Año 1999.

—, Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente al Año 2000.

—, Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente al Año 2001.

- , Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente al Año 2002.
- , Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente al Año 2003.
- BATLLE VÁZQUEZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por ALBALADEJO, M.), I, Madrid, 1978.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Comentario al art. 1 LGDCU», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coord. por BERCOVITZ, R. / SALAS, J.), Madrid, 1992, pp. 17 y ss.
- , *Apuntes de Derecho Mercantil: Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*, 2ª. ed., Elcano, 2001.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al art. 1 LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Pamplona, 1999, pp. 23 y ss.
- BÉRGAMO LLABRÉS, A., *Instituciones de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1951.
- BLANCO CONSTANS, F., *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, I, 4ª. ed., Madrid, 1936.
- BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES ESPAÑOLAS, Apéndice, 21 de noviembre de 1972, núm. 90, p. 19.
- BORRELL Y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, t. I, 2ª. ed., 1944.
- CAPELLE / CANARIS, *Handelsrecht*, 20ª. ed., Munich, 1988.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. Mª., «Notas para la historia de la reforma del Título Preliminar del Código Civil», en *Documentación Jurídica*, 1974, pp. 1137 y ss.
- , «La génesis de la reforma del Título Preliminar del Código Civil», en *RDP*, 1976, pp. 3 y ss.
- COLIN / CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. I, trad. española, Madrid, 1922.
- CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA, *Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles seguidas en España*, Madrid, 1964.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. F., «Reflexiones sobre las fuentes del Derecho mercantil», en *RDM*, núm. 157-158, 1980, pp. 489 y ss.
- COSSIO, *Instituciones de Derecho Civil*, I, Madrid, 1988.
- COSTA, *La ignorancia del Derecho*, Barcelona – Buenos Aires, s/d.
- CRISTÓBAL MONTES, A., «La costumbre, la jurisprudencia y la equidad en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español», en *RGLJ*, t. 243, núm. 5, 1977, pp. 405 y ss.
- CUÑAT EDO, V., «Reflexiones sobre la deslegalización del régimen jurídico de la contratación privada», en *Las fuentes efectivas del Derecho español tras la Constitución de 1978* (coord. por FAJARDO, G.), Alzira, 1992, pp. 301 y ss.

—, «Las fuentes reguladoras de la actividad contractual bancaria», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil-Homenaje a Evelio Verduera y Tuells*, t. I, Madrid, 1994, pp. 605 y ss.

CUÑAT EDO, V. / MARIMÓN DURÁ, R. / GONZÁLEZ CASTILLA, F., «El análisis de la jurisprudencia en materia bancaria», en *Estudios sobre jurisprudencia bancaria* (dir. por CUÑAT EDO, V. / BALLARÍN HERNÁNDEZ, R.), Elcano (Navarra), 2000, pp. 23 y ss.

DE CASTRO, F., «La constitución española y el Derecho internacional privado», en *RDP*, 1932, pp. 74-78 y 97-105.

—, *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1955.

—, «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», en *ADC*, t. XIV-Fasc. 2, 1961, pp. 295 y ss.

—, «El término Derecho común en el Código de Comercio», en *ADC*, t. XXII-Fasc. 4, 1969, pp. 839 y ss.

—, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, 1975.

—, *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1949, reimpr. 1984.

DE DIEGO, *El uso, los usos sociales y los usos convencionales en el Código Civil español*, Madrid, 1920.

—, *Fuentes del Derecho civil español*, Madrid, 1922.

—, *Instituciones de Derecho Civil*, I, ed. 1953.

—, *Dictámenes Jurídicos*, II, Madrid, 1958.

DE LA VEGA BENAYAS, C., «La doctrina de las fuentes del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código Civil (artículos 1º. y 2º.)», en *RDProc.*, núm. 1, 1975, pp. 165 y ss.

DE LOS MOZOS, *Derecho Civil español*, I, Salamanca, 1977.

DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil* (trad. por Serrano Suñer y Santa-Cruz Teijeiro), I, Madrid, 1979.

DÍAZ ALABART, S., «Comentario al art. 10.1.c) LGDCU», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coord. por BERCOVITZ, R. / SALAS, J.), 1ª. ed., Madrid, 1992, pp. 246 y ss.

DÍEZ DEL CORRAL, J., «El Derecho Foral como supletorio del Derecho Mercantil (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968)», en *ADC*, t. XXII-Fasc. 3, 1969, pp. 692 y ss.

DÍEZ-PICAZO, L., «Comentario al art. 1.3 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I, Madrid, 1977, pp. 50 y ss.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, I, 7ª. ed., 1990.

—, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 10ª. ed. reimpr., Madrid, 2001.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Consideraciones introductorias sobre la Directiva comunitaria para regular las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la contratación

bancaria», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil-Homenaje a Evelio Verduera y Tuells*, t. I, Madrid, 1994, pp. 651 y ss.

EMBED IRUJO, J. M., «Créditos documentarios. Comentario a la STS (Sala 1ª.) de 14 de marzo de 1989», en *La Ley*, 1989-2, pp. 712 y ss.

ESCUIN IBÁÑEZ, I., *Las adquisiciones financiadas en el crédito al consumo*, Granada, 2002.

ESPIAU ESPIAU, S., «La introducción de la costumbre en el Título Preliminar del Código Civil español de 1889», en *Libro del Centenario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1990, pp. 761 y ss.

ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil español*, I, 1982.

FERNÁNDEZ ARMESTO, J., *Los créditos documentarios irrevocables*, La Coruña, 1984.

FERNÁNDEZ DE LA HOZ, J. Mª., *Código Civil redactado con arreglo a la legislación vigente*, Madrid, 1843.

FERRARA, *Trattato di Diritto civile italiano*, I, Roma, 1921.

FOLCO, *Il sistema del Diritto della Banca*, vol. I, Milán, 1968.

GALGANO, F. *Storia del Diritto Commerciale*, Bologna, 1976.

—, «*Lex Mercatoria, shopping del Derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales*» (trad. por MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P.), en *RDM*, núm. 247, 2003, pp. 7 y ss.

GARCÍA AMIGÓ, M., «En torno al art. 310 del Código de Comercio (su significado para la teoría general de las fuentes de Derecho y para el problema de las “condiciones generales de la contratación”)», en *RDP*, 1964, pp. 836 y ss.

—, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965.

—, *Las condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1969.

—, «Las cláusulas abusivas en el derecho comunitario: su aplicación a los servicios financieros», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil-Homenaje a Evelio Verduera y Tuells*, t. II, Madrid, 1994, pp. 909 y ss.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La protección de la clientela en el ordenamiento sectorial de la Banca», en *RDBB*, núm. 46, 1992, pp. 409 y ss.

GARCÍA ORDÓÑEZ, *Fundamentos de Derecho Mercantil*, t. I, 1956.

GARRIGUES, J., «Los usos de comercio (Significación del uso para el Derecho mercantil)», en *RDP*, 1944, pp. 822 y ss.

—, *Tratado de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 1º., Madrid, 1947.

—, *Contratos bancarios*, 2ª. ed. (corregida por MOLL DE MIGUEL, S.), Madrid, 1975.

—, *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 7ª. ed., Madrid, 1976.

GIRÓN TENA, J., *Apuntes de Derecho Mercantil. Introducción*, Madrid, 1987.

GONDRA ROMERO, J. M., *Derecho Mercantil*, I, Introducción, Madrid, 1992.

GONZÁLEZ CASTILLA, F., «La protección del consumidor de crédito en los contratos vinculados», en *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias* (dir. por CUÑAT EDO, V.), Estudios de Derecho Judicial, núm. 55, Consejo General del Poder Judicial / Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004, pp. 11 y ss.

GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Curso de Derecho Mercantil*, I, 3ª. ed., Madrid, 1867.

GORDILLO CAÑAS, A., «Comentario al artículo 1, apartado 3, del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I - vol. 1º (*Artículos 1 a 7 del Código Civil*), Madrid, 1992, pp. 77 y ss.

—, «La costumbre: ¿fuente autónoma del Derecho?», en *Quaderni Fiorentini*, núm. 21, Milán, 1992, pp. 387 y ss.

GOROSABEL, P., *Redacción del Código Civil de España esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación*, Tolosa, 1832.

HERNÁNDEZ GIL, A., «Del Derecho romano como Derecho civil al Derecho civil como Derecho privado», en *Estudios en honor del profesor Castán*, IV, Universidad de Navarra, 1969, pp. 339 y ss.

HERRERO, S., *El Código Civil español. Recopilación metódica de las disposiciones vigentes, anotadas con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, Valladolid, 1872.

HERRERO DE MIÑÓN, M., «Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código Civil», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 198, 1974, pp. 89 y ss.

ILLESCAS ORTIZ, R., «Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución», en *RDBB*, núm. 34, 1989, pp. 261 y ss.

LALAGUNA, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969.

LANGA IZAGUIRRE, R., *El crédito documentario (sobre su naturaleza jurídica)*, Madrid, 1960.

LASARTE, C., *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, 2ª. ed., 1990.

LETE ACHIRICA, J., «Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociones que conviene distinguir», en *Act. Civ.*, núm. 17, 2000-2, pp. 635 y ss.

MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, t. I, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1890.

MARÍN LÓPEZ, M. J., *La compraventa financiada de bienes de consumo*, Pamplona, 2000.

MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., «Cláusulas de vencimiento anticipado y cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en los contratos bancarios concluidos mediante condiciones generales», en *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias* (dir. por CUÑAT EDO, V.), Estudios de Derecho Judicial, núm. 55, Consejo General del Poder Judicial / Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004, pp. 147 y ss.

MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil* (trad. por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, L.), I, Buenos Aires, 1959.

MOLLE, *I contratti bancari*, Milán, 1973.

MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, I, Parte General, Barcelona, 1987.

MONTÉS RODRÍGUEZ, M^a. PILAR, «Las condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios», en *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria* (dir. por CUÑAT EDO, V. / BALLARÍN HERNÁNDEZ, R.), 2^a. ed., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 81 y ss.

MOTOS GUIRAO, M., «La interpretación del contrato mercantil y el art. 59 del Código de Comercio», en *RJC*, 1955, pp. 34 y ss.

NIETO CAROL, U., «Contratos de adhesión y Derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios», en *Act. Civ.*, núm. 2, 1993-1, pp. 19 y ss.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Condiciones Generales de Contratación: Conceptos Generales y Requisitos», en *Contratos de adhesión y derechos de los consumidores*, Madrid, 1993, p. 13.

OLIVENCIA RUIZ, M., «Las fuentes del Derecho mercantil», en *Derecho Mercantil* (coord. por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.), vol. I, 6^a. ed., Barcelona, 2000, pp. 46 y ss.

OTERO LASTRES, J. M., «La interpretación y aplicación por la jurisprudencia de los usos de comercio», en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, núm. 1, 1984, pp. 11 y ss.

PAGADOR LÓPEZ, «La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación», en *DN*, núm. 97, 1998, pp. 1 y ss.

PANCORBO LÓPEZ, M. L., «El Servicio de Reclamaciones del Banco de España, como órgano de resolución de controversias bancarias y de protección de la clientela bancaria», en *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado* (segunda época), núm. 237, marzo 2001, pp. 967 y ss.

PARADA VÁZQUEZ, J. R., «Valor jurídico de la Circular», en *RDBB*, núm. 2, 1981, pp. 311 y ss.

PAVONE LA ROSA, A., «Consuetudine (usi normativi e negoziali)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, 1961, p. 521.

—, «Gli usi bancari», en *BBTC*, 1977, I, pp. 1 y ss.

PERPIÑÁ Y GRÁU, R., «Prólogo», en *Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles seguidas en España*, Madrid, 1964, pp. 15 y ss.

REDACCIÓN, «Textos y comentarios al Código Civil español», en *Revista de Derecho Internacional*, José Góngora y Álvarez, Madrid, 1889, p. 35.

REVERTE NAVARRO, A., «Comentario al art. 1255 CC», en *Comentarios al Código Civil y legislaciones forales* (dir. por ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S.), t. XVII, vol. 1^o.-A, Madrid, 1993, pp. 100 y ss.

REYES LÓPEZ, M^a. J., «A propósito de la inclusión de cláusulas dejadas al arbitrio de una sola de las partes contratantes en las condiciones generales de la contratación. Licitud de una cláusula impuesta por un Banco en un contrato de apertura de cuenta corriente, que le facultaba para declarar el vencimiento anticipado del crédito en el momento que apreciase que las

circunstancias económicas habían variado en detrimento de la solvencia del contratante», en *RGD*, núms. 562-563, 1991, pp. 5809 y ss.

RIPERT, *Traité Elementaire de Droit Commercial*, vol. I, París, 1974.

RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., «Fuentes del Derecho Mercantil», en *Lecciones de Derecho Mercantil* (coord. por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.), 8ª. ed., Madrid, 2003, pp. 50 y ss.

ROSENTHALER, *Gesetz und Gewonheit*, Estrasburgo, 1893.

RUBIO, J., *Introducción al Derecho Mercantil*, Barcelona, 1969.

RUBIO VILAR, J., «Protección de los usuarios bancarios a través del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. La experiencia del Servicio», en *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria* (coord. por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio), Madrid, 1998, pp. 753 y ss.

RUIZ, F. / ROBLES, J., *Los bancos y sus operaciones*, Madrid, 1976.

RUIZ VADILLO, E., «Comentario a la Ley de Bases para la modificación del título preliminar del Código Civil», en *RGD*, núms. 345 y 346-347, 1973, pp. 506-512 y 618-644, y en separata sin paginar.

—, *La costumbre en el Código Civil español después de la reforma del Título Preliminar*, Pretor, 1974.

—, «Algunas ideas sobre el valor y significación de las fuentes del Derecho en el nuevo título preliminar del Código civil», en *ADC*, t. XXX-Fasc. 1, 1977, pp. 65 y ss.

SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, Milán, 1978.

SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «En torno al concepto, evolución y fuentes del Derecho bursátil en el sistema jurídico español», en *RDM*, núm. 155, 1980, pp. 5 y ss.

SÁNCHEZ CALERO, F., «Condiciones generales en los contratos bancarios», en *Contratos bancarios*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, pp. 307 y ss.

—, *Instituciones de Derecho mercantil*, vols. I y II, 23ª. ed., Madrid, 2000.

—, *Principios de Derecho mercantil*, 5ª. ed., Madrid, 2000.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El Derecho de la competencia y la contratación bancaria», en *Seguridad jurídica y contratación mercantil* (coord. por NIETO CAROL, U.), Madrid, 1994, pp. 271 y ss.

SÁNCHEZ LERMA, G. A., «Los instrumentos cambiarios y la defensa de los consumidores: el art. 12 de la Ley de Crédito al Consumo», en *Act. Civ.*, núm. 16, 1997, pp. 343 y ss.

SANCHO REBULLIDA, *Tratamiento actual de las Fuentes del Derecho Civil Navarro*, Lección inaugural del Curso 1984-85 (Universidad de Navarra), Pamplona, 1984.

—, *Elementos de Derecho Civil*, I, Barcelona, 1988.

SANTOS, V., *El contrato bancario. Concepto funcional*, Bilbao, 1972.

SCAEVOLA, Q. MUCIUS, *Código Civil comentado*, t. I, Madrid, 1889.

—, *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial*, t. I, 2ª. ed., Madrid, 1890.

—, *Código Civil*, t. I, Madrid, 1912.

SERRA MALLOL, A. J., «Ley de Crédito al Consumo (Ley 7/1995, de 23 de marzo): un examen de su regulación», en *RGD*, núm. 609, 1995, pp. 6337 y ss.

SERRANO ALBERCA, J. M., «Comentario al artículo 117», en *Comentarios a la Constitución* (dir. por GARRIDO FALLA), Madrid, 1980, pp. 1181 y ss.

STEIN, *Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig, 1893.

—, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts*, 3ª. ed., preparada por JUNCKER, Tübingen, 1928.

TAPIA HERMIDA, A., «La modificación del crédito documentario y la responsabilidad del Banco avisador», en *RDBB*, núm. 60, 1995, pp. 1103 y ss.

THALLER, *Traité élémentaire de Droit commercial*, París, 1931.

UNIDROIT, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma, 1995.

URÍA, R., «Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie», en *RDM*, núm. 62, 1956, pp. 221 y ss.

—, *Derecho Mercantil*, 28ª. ed., Madrid, 2001.

VALVERDE, *Derecho Civil Español*, t. I, 1909.

—, *Tratado de Derecho Civil Español*, t. I., 3ª. ed., Valladolid, 1925.

VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. I, vol. I, 3ª. ed., Barcelona, 1991.

—, *Introducción al Derecho mercantil*, 12ª. ed., Valencia, 1999.

—, *Introducción al Derecho mercantil*, 14ª. ed., Valencia, 2001.

—, «Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias», en *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias* (dir. por CUÑAT EDO, V.), Estudios de Derecho Judicial, núm. 55, Consejo General del Poder Judicial / Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004, pp. 59 y ss.

VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho mercantil comparado*, Zaragoza, 1963.

VIDARI, *Corso di Diritto Commerciale*, I, Milán, 1893.

VILLAR ROMERO, J. Mª., «El desuso de las normas jurídicas», en *RDP*, 1971, pp. 709 y ss.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE LEGISLACIÓN

Real Cédula de 30 de mayo de 1829, por la que se promulga el Código de Comercio.

Decreto de 6 de diciembre de 1868, sobre unificación de fueros (Gaceta núm. 341, del 7).

Ley de Enjuiciamiento Civil, de 3 de febrero de 1881 (Gaceta núms. 36 a 53, del 5 al 22; c.e. en Gaceta núm. 64, de 5 de marzo).

Código de Comercio, de 22 de agosto de 1885 (Gaceta núms. 289 a 328, del 16 de octubre al 24 de noviembre).

Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, autorizando al Gobierno para publicar un Código Civil, con arreglo a las condiciones y bases que se establecen en esta Ley (Gaceta núm. 143, del 22).

R.D. de 6 de octubre de 1888, mandando que se publique el Código Civil en la «Gaceta de Madrid» (Gaceta núm. 282, del 8).

R.D. de 11 de febrero de 1889, prorrogando hasta 1º de mayo del corriente año el plazo de sesenta días para que empiece a regir el Código Civil (Gaceta núm. 43, del 12).

Código Civil, de 24 de julio de 1889 (Gaceta núm. 206, del 25).

R.D.-Ley de 24 de enero de 1927, por el que se aprueba el T.R. de la Ley de Ordenación Bancaria (Gaceta núm. 33, de 2 de febrero; rect. en Gaceta núm. 34, de 3 de febrero).

R.D. de 8 de febrero de 1927, por el que se aprueba el Reglamento del T.R. de la Ley de Ordenación Bancaria (Gaceta núm. 51, del 20).

D. de 20 de agosto de 1936, por el que se crea el Comité Nacional de la Banca Privada (B.O. núm. 9, del 21).

D. de 2 de marzo de 1938, por el que se suprime el Comité Nacional de la Banca Privada y el Consejo Superior Bancario (BOE núm. 504, del 9).

D. de 24 de noviembre de 1939, por el que se disuelve el Consejo Nacional de Crédito (BOE núm. 335, de 1 de diciembre).

Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946 (BOE núm. 1, de 1 de enero de 1947).

Decreto de 16 de octubre de 1950, por el que se aprueba el Reglamento sobre organización, régimen y funcionamiento del Consejo Superior Bancario (BOE núm. 321, de 17 de noviembre; rect. en BOE núm. 323, de 19 de noviembre).

Ley de 30 de julio de 1959, sobre Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava (BOE núm. 182, del 31).

Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña (BOE núm. 175, del 22).

Ley 5/1961, de 19 de abril, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares (BOE núm. 95, del 21; rect. en BOE núm. 102, del 29).

D.-Ley 18/1962, de 7 de junio, de Nacionalización y Reorganización del Banco de España (BOE núm. 141, del 13).

Ley 147/1963, de 2 de diciembre, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia (BOE núm. 291, del 5).

Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho Civil de Aragón (BOE núm. 86, del 11; rect. en BOE núm. 92, del 18).

O.M. de 25 de septiembre de 1968, por la que se regula los procedimientos de importación de mercancías (BOE núm. 234, del 28).

Resolución de 30 de noviembre de 1968, relativa a la tramitación de la importación de mercancías (BOE núm. 293, de 6 de diciembre; rect. en BOE núm. 5, de 6 de enero de 1969).

Ley 1/1973, de 1 de marzo, sobre Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE núms. 57 a 63, correspondientes a los días 7 a 10 y 12 a 14 de marzo; c.e. en BOE núm. 129, de 30 de mayo de 1974).

Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar (BOE núm. 69, del 21).

D. 1291/1974, de 2 de mayo, de aprobación del Reglamento General de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España (BOE núm. 112, del 10; rect. en BOE núm. 131, de 1 de junio).

D. 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil (BOE núm. 163, de 9 de julio).

R.D. 2960/1976, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el T.R. de la legislación de viviendas de protección oficial (BOE núm. 311, de 28 de diciembre).

R.D. 753/1978, de 27 de marzo, de modificación del Reglamento General de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España (BOE núm. 94, de 20 de abril).

R.D. 909/1978, de 14 de abril, por el que se regula el establecimiento, transmisión o integración de las oficinas de farmacia (BOE núm. 106, de 4 de mayo).

Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311.1, del 29).

R.D. 2426/1979, de 14 de septiembre, sobre el régimen de comercio y los procedimientos de tramitación de las exportaciones (BOE núm. 252, de 20 de octubre; rect. en BOE núm. 54, de 3 de marzo de 1980).

L.O. 3/1979, de 18 de diciembre, de aprobación del Estatuto de Autonomía del País Vasco (BOE núm. 306, del 22; y B.O. del País Vasco núm. 32, de 12 de enero de 1980).

L.O. 4/1979, de 18 de diciembre, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE núm. 306, del 22; y D.O. de la Generalitat de Cataluña núm. 38, del 31).

Convención de las Naciones Unidas, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, relativa a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, a la que se adhirió España por Instrumento de 17 de julio de 1990 (BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991; rect. en BOE núm. 282, de 22 de noviembre de 1996).

Ley 30/1980, de 21 de junio, de Regulación de los Órganos Rectores del Banco de España (BOE núm. 154, del 27).

Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE núm. 250, del 17).

O.M. de 17 de enero de 1981, sobre liberalización de tipos de interés y dividendos bancarios y financiación a largo plazo (BOE núm. 16, del 19).

CBE 13/1981, de 24 de febrero, relativa a Entidades de Depósito, tipos de interés y normas de valoración y liquidación.

L.O. 6/1981, de 30 de diciembre, de aprobación del Estatuto de Autonomía de Andalucía (BOE núm. 9, de 11 de enero de 1982; y B.O. de la Junta de Andalucía, BOJA, núm. 2, de 1 de febrero de 1982).

Ley 6/1984, de 31 de marzo, de modificación de determinados artículos de los Códigos Civil y de Comercio y de las Leyes Hipotecaria, de Enjuiciamiento Criminal y de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, sobre interdicción (BOE núm. 80, de 3 de abril).

Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 176, del 24).

D.-Leg. 1/1984, de 19 de julio, de la Presidencia de la Generalidad de Cataluña, por el que se aprueba el T.R. de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña (D.O. de la Generalitat de Catalunya núm. 456, del 27; rect. en D.O. de la Generalitat de Catalunya núm. 494, de 14 de diciembre, en castellano).

Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 188, del 7; c.e. en BOE núm. 8, de 9 de enero de 1985).

Ley 3/1985, de 21 de mayo, de la Presidencia de la Diputación General de Aragón, sobre adopción, integración en el ordenamiento jurídico aragonés y modificación de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (BOAR núm. 39, del 23, c.e. en BOAR núm. 44, del 31, y BOAR núm. 51, de 14 de junio; BOE núm. 161, de 6 de julio, c.e. en BOE núm. 163, de 9 de julio, y BOE núm. 198, de 19 de agosto).

L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, del 2; c.e. en BOE núm. 264, de 4 de noviembre).

Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (BOE núm. 172, del 19; c.e. en BOE núm. 249, de 17 de octubre).

L.O. 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas (BOE núm. 189, del 8).

Instrumento de adhesión de España a las Comunidades Europeas, de 20 de septiembre de 1985 y 1 de enero de 1986 (BOE núm. 1, de 1 de enero de 1986).

Acta Única Europea de 17 de febrero de 1986, firmada en Luxemburgo, por el que se modifica los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas; y ratificada por España por Instrumento de 9 de diciembre de 1986 (DOCE, Serie L, núm. 169, de 29 de junio de 1987; BOE núm. 158, de 3 de julio de 1987).

O.M. de 21 de febrero de 1986, relativa al procedimiento y la tramitación de la importación (BOE núm. 48, del 25; rect. en BOE núm. 73, de 26 de marzo, y BOE núm. 91, de 16 de abril).

R.D.-Leg. 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del Derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas (BOE núm. 155, del 30).

Directiva 87/102/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (DOCE, Serie L, núm. 42, de 12 de febrero de 1987).

O.M. de 3 de marzo de 1987, relativa a liberalización de tipos de interés y comisiones y sobre normas de actuación de las entidades de depósito (BOE núm. 55, del 5).

CBE 15/1987, de 7 de mayo, relativa a Entidades de Depósito: tipos de interés, comisiones y normas de actuación con la clientela (BOE núm. 118, del 18).

CBE 24/1987, de 21 de julio, sobre Organización y Funcionamiento del Servicio de Reclamaciones (BOE núm. 190, de 10 de agosto).

Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE núm. 181, del 29; c.e. en BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1989, y BOE núm. 185, de 4 de agosto de 1989).

Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (BOE núm. 182, del 30; c.e. en BOE núm. 185, de 4 de agosto de 1989).

Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas (BOE núm. 272, del 12).

R.D. 771/1989, de 23 de junio, que establece el Régimen Jurídico de las Entidades de Crédito de Ámbito Operativo Limitado (BOE núm. 152, del 27; c.e. en BOE núm. 172, de 20 de julio).

Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 170, del 18).

Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades (BOE núm. 178, del 27).

O.M. de 12 de diciembre de 1989, relativa a tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito (BOE núm. 303, del 19).

R.D.-Leg. 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el T.R. de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE núm. 310, del 27; c.e. en BOE núm. 28, de 1 de febrero de 1990).

Directiva 90/88/CEE, del Consejo, de 22 de febrero de 1990, que modifica la Directiva 87/102/CEE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (DOCE, Serie L, núm. 61, de 10 de marzo).

R.D. 816/1990, de 22 de junio, de modificación del Reglamento General de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España (BOE núm. 152, del 26; rect. en BOE núm. 163, de 9 de julio).

D.-Leg. 79/1990, de 6 de septiembre, de la Conselleria Adjunta a la Presidencia, por el que se aprueba el T.R. de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares (B.O. de les Illes Balears núm. 120, de 2 de octubre; c.e. en B.O. de les Illes Balears núm. 36, de 21 de marzo de 1991, en castellano).

CBE 8/1990, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE núm. 226, del 20).

CBE 6/1991, de 13 de noviembre, a Entidades Gestoras del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones (BOE núm. 281, del 23).

Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, firmado en Maastricht, por el que se modifica los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas; y ratificado por España por Instrumento de 29 de diciembre de 1992 [DOCE, Serie C, núm. 191, de 29 de julio; BOE núm. 11, de 13 de enero de 1994; rect. en BOE núm. 12, de 14 de enero de 1994, BOE núm. 138 (suplemento) de 10 de junio de 1994, BOE núm. 93 de 18 de abril de 1997, y BOE núm. 254 de 23 de octubre de 1999].

Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal (BOE núm. 108, de 5 de mayo).

Ley 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras (BOE núm. 132, del 2).

Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, por la que se aprueba el Derecho Civil Foral del País Vasco (B.O. del País Vasco núm. 153, de 7 de agosto).

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, del 27; c.e. en BOE núm. 311, de 28 de diciembre, y BOE núm. 23, de 27 de enero de 1993).

CBE 22/1992, de 18 de diciembre, sobre normas de funcionamiento del mercado de divisas (BOE núm. 310, del 26).

L.O. 9/1992, de 23 de diciembre, de Transferencia de Competencias (BOE núm. 308, del 24).

Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación (BOE núm. 70, del 23).

Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (DOCE, Serie L, núm. 95, del 21).

Ley 11/1993, de 15 de julio, de la Presidencia de la Junta de Galicia, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial (DOG núm. 141, de 26 de julio; BOE núm. 271, de 12 de noviembre).

CBE 13/1993, de 21 de diciembre, por la que se modifica la Circular 8/1990, de 7 de septiembre (BOE núm. 313, del 31).

Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE núm. 311, del 29).

Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios (BOE núm. 80, de 4 de abril).

Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española, en materia de entidades de crédito, a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria (BOE núm. 90, del 15).

O.M. de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE núm. 112, del 11).

O.M. de 13 de mayo de 1994, por la que se designa a la Asociación Española de Banca Privada como entidad representativa de los bancos que componen el Consejo Superior Bancario y destinataria de la totalidad de su patrimonio (BOE núm. 123, del 24).

Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España (BOE núm. 131, del 2).

CBE 5/1994, de 22 de julio, por la que se modifica la Circular 8/1990, de 7 de septiembre (BOE núm. 184, de 3 de agosto).

Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE núm. 71, del 24).

Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (BOE núm. 72, del 25; c.e. en BOE núm. 113, de 12 de mayo).

Ley 4/1995, de 24 de mayo, de la Presidencia de la Junta de Galicia, sobre Derecho Civil de Galicia (DOG núm. 107, de 6 de junio; BOE núm. 152, de 27 de junio).

R.D. 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito (BOE núm. 181, del 31).

O.M. de 27 de octubre de 1995, por la que se modifica la de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE núm. 261, de 1 de noviembre).

Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE núm. 15, del 17, corrección de erratas en BOE núm. 42, de 17 de febrero).

CBE 3/1996, de 27 de febrero, por la que se modifica la Circular 8/1990, de 7 de septiembre (BOE núm. 63, de 13 de marzo).

R.D. 692/1996, de 26 de abril, sobre el Régimen Jurídico de los Establecimientos Financieros de Crédito (BOE núm. 126, de 24 de mayo).

R.D. 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (BOE núm. 184, del 31).

Recomendación 97/489/CE, de la Comisión, de 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos (DOCE, Serie L, núm. 208, de 2 de agosto)

Tratado de la Unión Europea de 2 de octubre de 1997, firmado en Ámsterdam, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos; y ratificado por España por Instrumento de 23 de diciembre de 1998 (BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1999; rect. en BOE núm. 188, de 7 de agosto de 1999).

Ley 50/1997, de 27 de noviembre, sobre Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno (BOE núm. 285, del 28).

CBE 4/1998, de 27 de enero, por la que se modifican las Circulares 8/1990, de 7 de septiembre, y 8/1992, de 24 de abril (BOE núm. 38, de 13 de febrero).

Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (BOE núm. 89, del 14).

Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro (BOE núm. 302, del 18).

Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 12, del 14; c.e. en BOE núm. 16, del 19, y BOE núm. 30, de 4 de febrero).

Ley 1/1999, de 24 de febrero, de la Presidencia de la Diputación General de Aragón, por la que se regula las sucesiones por causa de muerte (BOAR núm. 26, de 4 de marzo; BOE núm. 72, de 25 de marzo).

CBE 3/1999, de 24 de marzo, por la que se modifican las Circulares 8/1990, de 7 de septiembre, y 1/1997, de 31 de enero (BOE núm. 83, de 7 de abril).

CBE 7/1999, de 29 de junio, por la que se modifica la Circular 8/1990, de 7 de septiembre (BOE núm. 163, de 9 de julio).

R.D. 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de Contratación (BOE núm. 306, del 23).

Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de la Junta de Andalucía, reguladora de las Cajas de Ahorros de Andalucía (BOJA núm. 150, del 28; BOE núm. 15, de 18 de enero de 2000).

R.D. 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, en desarrollo del artículo 5.3 LCGC (BOE núm. 313, del 31).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, del 8; rect. en BOE núm. 90, de 14 de abril, y BOE núm. 180, de 28 de julio de 2001).

CBE 1/2000, de 28 de enero, por la que se modifica la Circular 8/1990, de 7 de septiembre (BOE núm. 35, de 10 de febrero).

Directiva 2000/12/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (DOCE, Serie L, núm. 126, de 26 de mayo).

Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos; siendo autorizada la ratificación por España por L.O. 3/2001, de 6 de noviembre (BOE núm. 267, del 7).

CBE 3/2001, de 24 de septiembre, por la que se modifica la Circular 8/1990, de 7 de septiembre (BOE núm. 242, de 9 de octubre).

Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (BOE núm. 294, del 8).

CBE 4/2002, de 25 de junio, sobre estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras (BOE núm. 157, de 2 de julio).

Ley 39/2002, de 28 de octubre, sobre transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (BOE núm. 259, del 29).

Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE núm. 281, del 23; c. e. en BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2003).

Ley 29/2002, de 30 de diciembre, de la Presidencia de la Generalidad de Cataluña, por la que se aprueba la Primera Ley del Código Civil de Cataluña (D.O. de la Generalitat de Catalunya núm. 3798, de 13 de enero de 2003; BOE núm. 32, de 6 de febrero de 2003).

L.O. 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 164, del 10).

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164, del 10).

L.O. 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (BOE núm. 309, del 26).

Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE núm. 313, del 31; rect. en BOE núm. 3, de 3 de enero de 2004, y BOE núm. 79, de 1 de abril de 2004).

R.D. 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros (BOE núm. 54, de 3 de marzo).

O.M. 734/2004, de 11 de marzo, relativa a los Departamentos y Servicios de Atención al Cliente y el Defensor del Cliente de las Entidades Financieras (BOE núm. 72, del 24).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS CITADAS

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

STJCE de 21-1-1999 (TJCE 1999\3).

STJCE de 16-3-1999 (TJCE 1999\63).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC de 28-7-1981 (RTC 1981\32).

STC de 11-3-1993 (RTC 1993\87).

STC de 16-11-1981 (RTC 1981\37).

STC de 6-5-1993 (RTC 1993\155).

STC de 28-1-1982 (RTC 1982\1).

STC de 6-5-1993 (RTC 1993\156).

STC de 28-6-1983 (RTC 1983\57).

STC de 17-6-1993 (RTC 1993\204).

STC de 9-10-1984 (RTC 1984\91).

STC de 23-12-1993 (RTC 1993\386).

STC de 24-11-1988 (RTC 1988\220).

STC de 30-5-1996 (RTC 1996\96).

STC de 26-1-1989 (RTC 1989\15).

STC de 27-2-1997 (RTC 1997\37).

STC de 5-10-1992 (RTC 1992\135)].

STC de 16-12-1999 (RTC 1999\235).

STC de 13-11-1992 (RTC 1992\178).

STC de 25-3-2004 (RTC 2004\47).

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 18-3-1911.

STS de 16-2-1965 (RJ 1965\614).

STS de 25-2-1925.

STS de 6-10-1965 (RJ 1965\4358).

STS de 2-4-1925 (JC, t. 166, núm. 7).

STS de 30-4-1966 (RJ 1966\2172).

STS de 29-9-1925.

STS de 16-6-1967 (RJ 1967\2921).

STS de 28-10-1927.

STS de 28-6-1968 (RJ 1968\3607).

STS de 24-4-1929.

STS de 2-7-1973 (RJ 1973\2931).

STS de 3-1-1933 (RJ 1933\1404).

STS de 14-4-1975 (RJ 1975\1517).

STS de 29-1-1934 (RJ 1934\76).

STS de 8-7-1977 (RJ 1977\3499).

STS de 27-4-1945 (RJ 1945\685).

STS de 29-5-1978 (RJ 1978\1952).

STS de 14-11-1951 (RJ 1951\2714).

STS de 14-4-1980 (RJ 1980\1415).

STS de 22-1-1953 (RJ 1953\258).

STS de 30-6-1980 (RJ 1980\2417).

STS de 9-10-1981 (RJ 1981\3595).
 STS de 10-3-1983.
 STS de 29-4-1983 (RJ 1983\2198).
 STS de 31-1-1985 (RJ 1985\225).
 STS de 21-6-1985 (RJ 1985\3305).
 STS de 16-11-1985.
 STS de 17-10-1987 (RJ 1987\7293).
 STS de 21-4-1988 (RJ 1988\3269).
 STS de 14-3-1989 (RJ 1989\2043).
 STS de 10-7-1989 (RJ 1989\5419).
 STS de 12-12-1990 (RJ 1990\9997).
 STS de 18-2-1991 (RJ 1991\1449).
 STS de 28-2-1991 (RJ 1991\1613).
 STS de 8-10-1992 (RJ 1992\7539).
 STS de 2-4-1993 (RJ 1993\2985).
 STS de 21-7-1993 (RJ 1993\6178).
 STS de 30-3-1994 (RJ 1994\2311).
 STS de 8-4-1994 (RJ 1994\2733).
 STS de 12-6-1994 (RJ 1994\4811).
 STS de 17-6-1994 (RJ 1994\6725).
 STS de 11-7-1994 (RJ 1994\6387).
 STS de 16-11-1994 (RJ 1994\8837).
 STS de 25-5-1995 (RJ 1995\4263).
 STS de 19-12-1995 (RJ 1995\9425).
 STS de 12-2-1996 (RJ 1996\1247).
 STS de 26-11-1996 (RJ 1996\8581).
 STS de 9-10-1997 (RJ 1997\7066).
 STS de 11-12-1997 (RJ 1997\8973).
 STS de 14-7-1998 (RJ 1998\6254).
 STS de 27-3-1999 (RJ 1999\2371).
 STS de 25-10-1999 (RJ 1999\7399).
 STS de 7-4-2000 (RJ 2000\2349).
 STS de 14-12-2000 (RJ 2000\10441).
 STS de 30-3-2001 (RJ 2001\6640).
 STS de 30-11-2001 (RJ 2002\9693).
 STS de 21-12-2001 (RJ 2001\10053).
 STS de 7-5-2002 (RJ 2002\4046).
 STS de 30-9-2002 (RJ 2002\8489).
 STS de 25-10-2002 (RJ 2002\9308).
 STS de 20-12-2002 (RJ 2003\224).
 STS de 30-4-2003 (RJ 2003\3523).
 STS de 2-3-2004 (RJ 2004\805).
 STS de 11-2-2005 (RJ 2005\1665).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Teruel, de 21-1-1993 (AC 1993\636).
 SAP de Asturias, de 22-1-1993 (AC 1993\32).
 SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 29-5-1993 (AC 1993\1064).
 SAP de Navarra, de 6-7-1993 (AC 1993\1479).
 SAP de Cuenca, de 14-1-1994 (AC 1994\1669).
 SAP de Barcelona, de 17-2-1994.

- SAP de Murcia, de 24-2-1994 (AC 1994\345).
- SAP de Orense, de 21-3-1994 (AC 1994\392).
- SAP de Pontevedra, de 18-4-1994 (AC 1994\666).
- SAP de Murcia, de 23-4-1994 (AC 1994\665).
- SAP de Cuenca, de 1-7-1994 (AC 1994\1204).
- SAP de Toledo, de 20-7-1994 (AC 1994\1313).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 8-10-1994 (AC 1994\1861).
- SAP de Córdoba, de 3-12-1994 (AC 1994\2160).
- SAP de León, de 7-12-1994 (AC 1994\2163).
- SAP de Asturias, de 14-3-1995 (AC 1995\422).
- SAP de Palencia, de 11-4-1995 (AC 1995\659).
- SAP de Navarra, de 21-4-1995 (AC 1995\660).
- SAP de Palencia, de 17-11-1995 (AC 1995\2412).
- SAP de Córdoba, de 22-3-1996 (AC 1996\543).
- SAP de Segovia, de 6-5-1996 (AC 1996\863).
- SAP de Sevilla, de 14-5-1996 (AC 1996\972).
- SAP de Las Palmas, de 12-6-1996 (AC 1996\1066).
- SAP de Cádiz, de 16-6-1996 (AC 1996\1065).
- SAP de Cádiz, de 24-6-1996 (AC 1996\1094).
- SAP de Zaragoza, de 2-10-1996 (AC 1996\1973).
- SAP de Girona, de 27-12-1996 (AC 1996\2373).
- SAP de Pontevedra, de 22-1-1997 (AC 1997\33).
- SAP de Córdoba, de 20-2-1997 (AC 1997\2204).
- SAP de Madrid, de 28-4-1997 (AC 1997\1670).
- SAP de Sevilla, de 5-5-1997 (AC 1997\1151).
- SAP de Vizcaya, de 14-5-1997 (AC 1997\1150).
- SAP de Jaén, de 31-7-1997 (AC 1997\1496).
- SAP de Toledo, de 14-10-1997 (AC 1997\2203).
- SAP de Ciudad Real, de 28-10-1997 (AC 1997\1989).
- SAP de Málaga, de 30-10-1997 (AC 1997\2530).
- SAP de Guadalajara, de 4-12-1997 (AC 1997\2401).
- SAP de Navarra, de 17-12-1997 (AC 1997\2551).
- SAP de Cádiz, de 23-1-1998 (AC 1998\3974).
- SAP de Murcia, de 26-1-1998 (AC 1998\189).
- SAP de Madrid, de 4-3-1998 (AC 1998\5233).
- SAP de Cuenca, de 30-3-1998 (AC 1998\652).
- SAP de Asturias, de 14-5-1998 (AC 1998\5604).
- SAP de Cuenca, de 15-5-1998 (AC 1998\5498).

- SAP de Las Palmas, de 25-5-1998 (AC 1998\8852).
- SAP de Madrid, de 26-5-1998 (AC 1998\7204).
- SAP de Madrid, de 4-6-1998 (AC 1998\1420).
- SAP de Vizcaya, de 29-6-1998 (AC 1998\6081).
- SAP de Málaga, de 2-7-1998 (AC 1998\1590).
- SAP de La Rioja, de 16-7-1998 (AC 1998\6335).
- SAP de Barcelona, de 22-7-1998 (AC 1998\1342).
- SAP de Córdoba, de 23-7-1998 (AC 1998\1587).
- SAP de Barcelona, de 7-9-1998 (AC 1998\1826).
- SAP de Córdoba, de 1-10-1998 (AC 1998\7565).
- SAP de Tarragona, de 20-10-1998 (AC 1998\2085).
- SAP de Almería, de 5-12-1998 (AC 1998\2533).
- SAP de Barcelona, de 18-1-1999 (AC 1999\19).
- SAP de Alicante, de 23-2-1999 (AC 1999\3424).
- SAP de Córdoba, de 16-3-1999 (AC 1999\3959).
- SAP de Córdoba, de 10-5-1999 (AC 1999\1019).
- SAP de La Coruña, de 30-6-1999 (AC 1999\6210).
- SAP de Alicante, de 2-7-1999 (AC 1999\1692).
- SAP de León, de 10-7-1999 (AC 1999\7334).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 17-7-1999 (AC 1999\1698).
- SAP de Orense, de 19-7-1999 (AC 1999\1232).
- SAP de Castellón, de 28-7-1999 (AC 1999\7053).
- SAP de Jaén, de 8-9-1999 (AC 1999\2323).
- SAP de Madrid, de 20-9-1999 (AC 1999\2331).
- SAP de Palencia, de 1-10-1999 (AC 1999\1915).
- SAP de Almería, de 27-10-1999 (AC 1999\8286).
- SAP de Toledo, de 16-11-1999 (AC 1999\2380).
- SAP de Alicante, de 19-11-1999 (AC 1999\8770).
- SAP de Orense, de 5-1-2000 (AC 2000\7).
- SAP de Segovia, de 19-1-2000 (AC 2000\239).
- SAP de León, de 27-1-2000 (AC 2000\420).
- SAP de Madrid, de 29-1-2000 (AC 2000\3048).
- SAP de Alicante, de 4-2-2000 (AC 2000\5186).
- SAP de Castellón, de 12-2-2000 (AC 2000\753).
- SAP de Cantabria, de 14-2-2000 (AC 2000\186).
- SAP de Córdoba, de 14-2-2000 (AC 2000\2684).
- SAP de Cádiz, de 18-2-2000 (AC 2000\1330).
- SAP de Madrid, de 3-3-2000 (AC 2000\1324).

SAP de Almería, de 4-3-2000 (AC 2000\1129).

SAP de Zamora, de 9-3-2000 (AC 2000\861).

SAP de Cantabria, de 10-3-2000 (AC 2000\4086).

SAP de Zaragoza, de 11-4-2000 (AC 2000\3163).

SAP de León, de 12-4-2000 (AC 2000\4854).

SAP de La Coruña, de 4-5-2000 (JUR 2001\1095).

SAP de Segovia, de 18-5-2000 (AC 2000\1106).

SAP de Castellón, de 22-5-2000 (AC 2000\1257).

SAP de Madrid, de 6-6-2000 (AC 2000\1844).

SAP de Castellón, de 31-7-2000 (AC 2000\1793).

SAP de Granada, de 11-9-2000 (AC 2000\2379).

SAP de Asturias, de 27-12-2000 (AC 2001\1337).

SAP de Murcia, de 30-1-2001 (JUR 2001\83233).

SAP de Badajoz, de 31-1-2001 (JUR 2001\83310).

SAP de La Coruña, de 5-2-2001 (AC 2001\441).

SAP de Madrid, de 10-2-2001 (AC 2001\1216).

SAP de Sevilla, de 12-3-2001 (AC 2001\161).

SAP de Jaén, de 8-5-2001 (AC 2001\1639).

SAP de Jaén, de 7-12-2001 (AC 2001\2354).

SAP de Córdoba, de 25-2-2002 (AC 2002\194).

SAP de Madrid, de 24-5-2002 (JUR 2003\47170).

SAP de Baleares, de 30-7-2002 (JUR 2002\271325).

SAP de Baleares, de 29-11-2002 (JUR 2003\92185).

SAP de Granada, de 10-12-2002 (JUR 2003\73920).

SAP de Madrid, de 10-12-2002 (JUR 2003\126808).

SAP de Barcelona, de 7-1-2003 (JUR 2003\108331).

SAP de Almería, de 3-2-2003 (AC 2003\578).

SAP de Baleares, de 17-3-2003 (AC 2003\1624).

SAP de Alicante, de 29-4-2003 (JUR 2003\124322).

SAP de Barcelona, de 27-5-2004 (JUR 2004\221158).

SAP de Barcelona, de 18-10-2004 (JUR 2004\303112).

SAP de Alicante, de 12-1-2005 (JUR 2005\64789).

DGRN

Resolución DGRN, de 27-10-1994 (RJ 1994\10729).

MODELOS CONTRACTUALES

BANCO SANTANDER-CENTRAL-HISPANO, S.A., modelo contractual titulado “Póliza de préstamo”.

– , “Póliza de negociación de letras de cambio, documentos mercantiles y otras operaciones bancarias”.

– , “Póliza de afianzamiento personal en garantía de operaciones mercantiles”.

– , “Contrato de apertura de crédito documentario”.

– , “Orden de valores”.

– , “Contrato-tipo de depósito o administración de valores”.

LA CAIXA, modelo contractual denominado “Condiciones generales del contrato de depósito de dinero a la vista”.

– , “Condiciones generales del contrato de tarjetas”.

