

# TRATADO DE DERECHO MERCANTIL

MANUEL OLIVENCIA  
CARLOS FERNÁNDEZ-NÓVOA  
RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA  
(Directores)  
GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ  
(Coordinador)



## LAS OPERACIONES BANCARIAS DE ACTIVO

XABIER AÑOVEROS TRÍAS DE BES  
Profesor Titular de Derecho Mercantil  
de la Universidad de Barcelona

SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL  
Profesor Titular de Derecho Mercantil  
de la Universidad de Barcelona

FRANCISCO TUSQUETS TRÍAS DE BES  
Profesor Titular de Derecho Mercantil  
de la Universidad de Barcelona

Biblioteca de la Corte Suprema	
Nº de Orden	121.219
Ubicación	D2938

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES  
2007



## ÍNDICE ✓

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS.....	19
INTRODUCCIÓN .....	23

**PARTE PRIMERA**  
**EL PRÉSTAMO BANCARIO**  
XABIER AÑOVEROS TRÍAS DE BES

**CAPÍTULO I**  
**CUESTIONES PRELIMINARES**

I. INTRODUCCIÓN.....	27
II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS .....	29
III. FUNCIÓN ECONÓMICA .....	30
IV. EXISTENCIA DE LOS PRÉSTAMOS BANCARIOS .....	31

**CAPÍTULO II**  
**DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO**  
**Y NATURALEZA JURÍDICA**

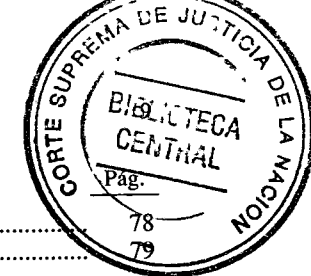
I. CONCEPTO DE PRÉSTAMO BANCARIO.....	35
II. CARACTERES DELIMITADORES .....	37
A) Atípico .....	37
B) Consensual.....	38
C) No formal .....	39
D) Oneroso.....	41
E) TraslATIVO de dominio .....	42
F) Unilateralidad .....	42
III. NATURALEZA JURÍDICA.....	43
IV. DIFERENCIAS ENTRE PRÉSTAMO Y CRÉDITO BANCARIO.....	46

	<u>Pág.</u>
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>ELEMENTOS DEL CONTRATO</b>	
I. ELEMENTOS PERSONALES.....	49
A) Prestamista.....	49
B) Prestatario.....	52
a) Persona física.....	52
b) Persona jurídica.....	53
1. Sociedades mercantiles.....	54
2. Sociedades civiles.....	54
3. Fundaciones.....	55
4. Asociaciones.....	55
c) Especial consideración al consumidor.....	55
II. ELEMENTOS REALES.....	57
A) Dinero.....	57
a) Concepto y evolución.....	57
b) Características.....	58
1. Debe ser intercambiable.....	58
2. Debe ser una unidad contable.....	58
3. Debe ser un conservador del valor.....	58
c) Funciones.....	58
1. Medida de valor.....	58
2. Medio de circulación.....	59
3. Medio de atesoramiento.....	59
4. Medio de pago.....	59
d) Depreciación del dinero.....	59
B) Intereses.....	60
a) Pacto escrito.....	61
b) Exigibilidad.....	62
1. El interés variable.....	63
2. El Euribor.....	65
3. Intereses de demora.....	66
4. Anatocismo.....	69
5. Las consecuencias del préstamo usuario.....	71
5.1. Preliminar.....	71
5.2. Constitucionalidad de la Ley de Usura.....	73
5.3. Protección al consumidor.....	74
5.4. Cláusula de estabilización y usura.....	75
5.5. Las consecuencias del préstamo usurario.....	76
5.6. El préstamo usurario y el préstamo bancario.....	77
III. ELEMENTOS FORMALES.....	78

A) Preliminar.....	78
B) Póliza.....	79
a) Concepto.....	79
b) Contenido.....	80
c) Intervención.....	81
C) Escritura.....	81
a) Concepto.....	81
b) Contenido de la escritura.....	82
1. Comparecencia.....	83
2. Condiciones particulares o cláusulas financieras.....	83
2.1. El capital del préstamo.....	83
2.2. Amortización.....	84
2.3. Intereses ordinarios.....	84
2.4. El tipo de interés variable.....	85
2.5. Comisiones.....	85
2.6. La tabla de pago y el tipo de tasa anual equivalente.....	85
2.7. Intereses de demora.....	86
2.8. Resolución anticipada.....	86
3. Cláusulas generales.....	86
D) Actuación del notario.....	87

**CAPÍTULO IV**  
**MODALIDADES DEL CONTRATO**

I. POR SU GARANTÍA.....	92
A) Préstamo personal.....	92
a) Concepto.....	92
b) Clases.....	92
c) La fianza o garantía personal.....	93
1. Concepto.....	93
2. Efectos.....	94
3. Derechos que se renuncian en la póliza habitualmente.....	94
B) El préstamo pignoraticio.....	95
a) Concepto y naturaleza.....	95
b) Constitución de la prenda.....	96
c) Posición del acreedor pignoraticio.....	96
d) Ejecución de los valores pignorados.....	97
C) El préstamo hipotecario.....	97
a) Preliminar.....	97
b) Hipoteca inmobiliaria.....	98
1. Concepto.....	98



	Pág.
2. Función económica .....	98
3. Legislación .....	99
4. Condiciones .....	100
4.1. La garantía.....	100
4.2. La tasación .....	100
4.3. Los seguros.....	101
4.3.1. Seguro de daños.....	101
4.3.2. Seguro de vida.....	101
5. Funcionamiento y tramitación .....	102
5.1. El folleto informativo.....	102
5.2. Oferta vinculante.....	102
5.3. Otorgamiento de la escritura y trámites posteriores.....	103
D) La hipoteca condicional.....	103
a) Concepto y planteamiento.....	103
b) Licitud de la hipoteca condicional.....	105
c) Condiciones suspensivas admitidas por la DGRN.....	105
d) Condiciones suspensivas que podrían ser válidas y que no menciona la DGRN.....	107
e) Condiciones suspensivas que no pueden considerarse válidas.....	107
E) Hipoteca mobiliaria .....	108
a) Preliminar .....	108
b) Concepto y requisitos .....	108
c) Su diferenciación con la prenda sin desplazamiento.....	109
d) Clases.....	109
1. Hipoteca de establecimiento mercantil.....	109
2. Hipoteca de vehículos a motor, tranvías y vagones de ferrocarril.....	111
3. Hipoteca de aeronaves .....	111
4. Hipoteca de maquinaria industrial .....	112
5. Hipoteca de propiedad industrial e intelectual.....	113
e) Contenido del contrato.....	113
1. Derechos y obligaciones de la entidad prestamista.....	113
2. Derechos y obligaciones del prestatario .....	113
II. POR OTROS MOTIVOS.....	114
A) Préstamo sindicado .....	114
a) Preliminar .....	114
b) Concepto y características .....	115
c) Cláusulas singulares .....	117
1. Cláusula <i>negative pledge</i> .....	117
2. Cláusula <i>pari passu</i> .....	117
3. Cláusulas especiales en la compensación .....	118
4. Cláusula <i>Sharing</i> o cláusula de solidaridad.....	118
5. Garantías reales sobre préstamos sindicados .....	118

	Pág.
6. Especialidades sobre la determinación de la liquidez de la deuda ....	119
B) El préstamo al consumo.....	119
a) Protección de los consumidores en la contratación bancaria.....	119
b) La Ley de Crédito al Consumo de 23 de marzo de 1995 .....	121
c) Características del contrato.....	122
1. Carácter formal .....	122
2. Modificación del coste del préstamo .....	122
3. Reembolso anticipado .....	123
4. Cobro indebido por parte de la entidad prestamista .....	123
d) Características de los contratos de consumo bancarios .....	124
e) El Servicio de Reclamaciones del Banco de España.....	124
1. Preliminar.....	124
2. El «Servicio» propiamente dicho. Concepto y funciones.....	124
3. Funcionamiento.....	126
3.1. Quién puede utilizar el Servicio.....	126
3.2. Qué es lo que se puede reclamar.....	126
3.3. Como se realiza la reclamación .....	126
3.3.1. Trámite previo .....	126
3.3.2. Requisitos .....	127
3.4. Finalización del expediente.....	127
C) El crédito (préstamo) documentario .....	128
a) Concepto y función económica .....	128
b) Naturaleza jurídica.....	129
c) Clases y modalidades.....	130
1. Crédito (préstamo) documentario revocable .....	130
2. Crédito (préstamo) documentario irrevocable.....	131
3. Crédito (préstamo) documentario transferible .....	131
4. Crédito (préstamo) documentario rotativo .....	131
5. Crédito (préstamo) documentario con cláusula roja.....	131
6. Crédito (préstamo) documentario con cláusula verde.....	132
7. Crédito (préstamo) documentario <i>Back to Back</i> .....	132
8. Carta de crédito.....	132
d) Elementos personales.....	132
e) Contenido del contrato.....	133
1. Tramitación y funcionamiento .....	133
2. Obligaciones de las partes .....	133
3. La extinción del contrato .....	134
D) Los microcréditos .....	134
a) Concepto y fundamentos .....	134
b) Origen.....	135
c) Funcionamiento .....	136
d) Los microcréditos en España.....	138

	Pág.
1. Preliminar.....	138
2. Beneficiarios.....	139
3. Características.....	139
4. Instituciones gestoras.....	140
5. El creciente desarrollo del microcrédito en España.....	140
<b>CAPÍTULO V</b>	
<b>CONTENIDO OBLIGACIONAL DEL CONTRATO</b>	
I. OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO.....	143
A) Entrega del capital prestado.....	143
B) Obligación de entrega de la documentación.....	144
C) La cláusula de resolución del contrato.....	144
II. OBLIGACIONES DEL PRESTATARIO.....	145
A) Devolución del capital prestado.....	145
a) El importe a devolver.....	146
b) El vencimiento.....	147
c) Efectos de la mora.....	148
B) El pago de intereses.....	148
C) Abono de comisiones.....	150
a) Concepto de comisión.....	150
b) Régimen legal.....	151
c) Requisitos de las comisiones bancarias.....	151
d) Clases.....	151
1. Comisión de estudio.....	151
2. Comisión de apertura.....	152
3. Comisión de cancelación anticipada.....	152
4. Comisión por modificación de condiciones.....	152
5. Comisión por subrogación.....	152
e) Principios reguladores.....	152
D) Pago de los gastos.....	153
E) La Tasa Anual Equivalente.....	154
a) Concepto.....	154
b) Forma de cálculo.....	155
c) Obligatoriedad.....	155
d) Utilidad.....	156
e) Contenido.....	156
III. LAS CONDICIONES GENERALES.....	157
A) La Ley 7/1998 de 13 de abril sobre las Condiciones Generales de la Contratación.....	157
B) Concepto.....	157
C) Requisitos de incorporación y reglas de interpretación.....	159
a) Requisitos de incorporación.....	159

	Pág.
1. Transparencia.....	159
2. Claridad.....	160
3. Concreción.....	161
b) Reglas de interpretación.....	161
* D) Las condiciones generales de la contratación en los préstamos bancarios....	161
a) Las condiciones generales comunes a todo tipo de préstamos.....	162
1. Sobre el pago.....	162
2. Imputación de pagos.....	162
3. Compensación.....	162
4. Utilización de los datos personales.....	162
5. Destino del préstamo.....	163
6. Datos patrimoniales y de solvencia.....	163
7. Cambio de domicilio.....	163
b) Las condiciones generales relativas a los préstamos hipotecarios.....	163
1. Conservación de la finca.....	163
2. Seguro de incendios.....	163
3. Obligaciones fiscales sobre la finca hipotecada.....	164
4. Prohibición de arrendamiento.....	164
5. Subrogación.....	164
6. Cesión del crédito.....	164
E) Las cláusulas abusivas.....	164
a) Concepto.....	164
b) Nulidad.....	165
c) Tipos.....	165
F) Publicidad registral.....	166
G) Obligaciones de notarios y registradores.....	167

## CAPÍTULO VI EXTINCIÓN DEL CONTRATO

I. EXTINCIÓN NORMAL DEL CONTRATO.....	169
II. EXTINCIÓN ANORMAL DEL CONTRATO.....	170

## PARTE SEGUNDA EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO FRANCISCO TUSQUETS TRÍAS DE BES

### CAPÍTULO VII CUESTIONES PRELIMINARES

I. ANTECEDENTES.....	173
II. FUNCIÓN ECONÓMICA.....	175

Pág.

## CAPÍTULO VIII

## DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

I. CONCEPTO DE APERTURA DE CRÉDITO.....	179
A) El concepto en la doctrina.....	179
B) El concepto en la jurisprudencia.....	181
II. NATURALEZA JURÍDICA.....	183
A) Las diferentes teorías doctrinales.....	183
B) Características del contrato.....	186
a) Contrato mercantil.....	186
b) Atípico.....	188
c) Consensual.....	189
d) Bilateral.....	190
e) Oneroso.....	191
f) Contrato no formal.....	192
g) De tracto sucesivo.....	193
h) Carácter personal o <i>intuitu personae</i> .....	193
III. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES.....	194
A) Préstamo y apertura de crédito.....	194
B) Apertura de crédito y cuenta corriente bancaria.....	197

## CAPÍTULO IX

## MODALIDADES DE LA APERTURA DE CRÉDITO

I. PLANTEAMIENTO.....	201
II. CLASIFICACIÓN.....	202
III. APERTURA DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTE.....	203
IV. EL CRÉDITO SINDICADO.....	205

## CAPÍTULO X

## ELEMENTOS DEL CONTRATO

I. ELEMENTOS PERSONALES.....	209
A) Acreditante.....	209
B) Acreditado.....	213
a) Cuestiones generales.....	213
b) Pluralidad de acreditados.....	214
II. ELEMENTOS REALES.....	215
III. ELEMENTOS FORMALES.....	217
A) Cuestiones generales.....	217

Pág.

B) La apertura de crédito como contrato con condiciones generales.....	217
C) La contratación electrónica.....	219

## CAPÍTULO XI

## CONTENIDO OBLIGACIONAL DEL CONTRATO

I. INTRODUCCIÓN.....	223
II. OBLIGACIONES DEL ACREDITANTE.....	224
A) Obligación principal.....	224
B) Obligaciones formales.....	228
III. OBLIGACIONES DEL ACREDITADO.....	229
A) Obligación de información.....	229
B) Obligación de satisfacer las comisiones pactadas.....	230
a) Tipos de comisiones.....	230
b) Cuantía de las comisiones.....	232
C) Obligación de satisfacer los intereses correspondientes.....	233
D) Obligación de restitución.....	236
IV. ESPECIAL REFERENCIA AL PACTO DE LIQUIDEZ.....	237

## CAPÍTULO XII

## EXTINCIÓN DEL CONTRATO

I. INTRODUCCIÓN.....	243
II. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR EL TRANSCURSO DEL PLAZO ESTIPULADO.....	244
III. EL DESISTIMIENTO UNILATERAL EN CONTRATOS DE DURACIÓN INDEFINIDA.....	246
IV. LA DENUNCIA DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA.....	249
A) Planteamiento.....	249
B) Supuestos de justa causa de denuncia por parte del acreditante.....	252
a) El incumplimiento de las obligaciones.....	252
b) La alteración de las garantías.....	255
c) El empeoramiento de la situación económica del deudor.....	257
d) Especial consideración a la insolvencia del acreditado.....	259
C) La denuncia del acreditado por justa causa.....	261

Pág.

PARTE TERCERA  
EL CONTRATO DE DESCUENTO BANCARIO

SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL

## CAPÍTULO XIII

## LA IMPORTANCIA ECONÓMICA DEL DESCUENTO

I. FUNCIÓN ECONÓMICA PARA LAS PARTES.....	265
II. EVOLUCIÓN SOCIO-ECONÓMICA DEL CRÉDITO DESCONTABLE .....	267
A) La banca y el descuento cambiario.....	267
B) El descuento de documentos que representan derechos de crédito .....	269
C) La descontabilidad de créditos con soporte informático .....	271

## CAPÍTULO XIV

CONCEPTO Y ELEMENTOS CONFIGURADORES  
DEL DESCUENTO

I. AUSENCIA DE REGULACIÓN LEGAL .....	275
II. CONSTRUCCIÓN CIENTÍFICA, DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL .....	277
A) Posición de la doctrina .....	277
B) Posición de la jurisprudencia.....	279
III. DELIMITACIÓN CON OTRAS FIGURAS AFINES .....	280
A) El préstamo cambiario .....	281
B) El contrato de <i>factoring</i> .....	283
C) La titulización de activos.....	284

## CAPÍTULO XV

## NATURALEZA JURÍDICA DEL DESCUENTO BANCARIO

I. TEORÍAS DOCTRINALES .....	289
A) El descuento, como endoso o cesión de crédito .....	289
B) El descuento como compraventa .....	290
C) El descuento como préstamo .....	291
D) La posición dominante: el descuento como contrato de crédito y liquidez....	292
II. NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE DESCUENTO .....	294
III. LA PRÁCTICA BANCARIA DEL DESCUENTO .....	297
A) El crédito de descuento y el contrato normativo de descuento .....	297
B) El contrato de descuento y la cuenta corriente bancaria .....	301
IV. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO DE DESCUENTO.....	304

Pág.

A) El examen de los efectos descontados como fase preliminar del contrato....	304
B) La perfección del contrato .....	305

## CAPÍTULO XVI

## ELEMENTOS DEL CONTRATO DE DESCUENTO

I. ELEMENTOS PERSONALES.....	307
A) Parte descontante .....	308
B) El descontatario .....	309
II. ELEMENTOS REALES.....	310
A) El crédito cambiario y los títulos valores .....	310
B) Los créditos ordinarios representados en documentos .....	313
C) El discutido descuento de las certificaciones administrativas .....	316

## CAPÍTULO XVII

## EL CONTENIDO DEL CONTRATO

I. OBLIGACIONES DEL DESCONTANTE.....	319
A) El anticipo del crédito descontado.....	319
B) El deber de diligencia.....	321
C) La obligación de devolución de los efectos impagados.....	324
II. OBLIGACIONES A CARGO DEL DESCONTATARIO.....	326
A) La transmisión del crédito descontado .....	326
B) El pago de intereses.....	329
C) El deber de restitución.....	331

## CAPÍTULO XVIII

## LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

I. EL BUEN FIN DE LA OPERACIÓN.....	333
A) Por pago del deudor cedido .....	333
B) Por compensación que supone el contraasiento.....	334
C) Los discutidos gastos de devolución.....	335
II. EL IMPAGO DEL CRÉDITO DESCONTADO: LAS ACCIONES DERIVADAS DEL DESCUENTO.....	338
A) La acción causal .....	339
B) Las acciones cambiarias .....	342
C) La acción extracambiaria de enriquecimiento injusto .....	343
D) Acciones contra el deudor cedido.....	344
III. DESCUENTO BANCARIO Y CONCURSO .....	345

	<u>Pág.</u>
A) La insolvencia en el marco de la reforma concursal .....	345
B) Los efectos de la declaración de concurso en el contrato de descuento bancario .....	346
a) El concurso del descontatario .....	348
b) Concurso del deudor cedido .....	353
c) El concurso del descontante .....	354
C) El descuento y la rescisión concursal .....	355
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	357 ✓
Parte primera .....	357
Parte segunda .....	360
Parte tercera .....	364