

TRATADO DE DERECHO MERCANTIL

MANUEL OLIVENCIA
CARLOS FERNÁNDEZ-NÓVOA
RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA

(Directores)

GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ

(Coordinador)



OPERACIONES BANCARIAS NEUTRAS

(CRÉDITOS DOCUMENTARIOS, GARANTÍAS BANCARIAS.
OPERACIONES DE CAMBIO. OPERACIONES DE CUSTODIA.
SERVICIOS BANCARIOS EN MERCADOS DE VALORES)

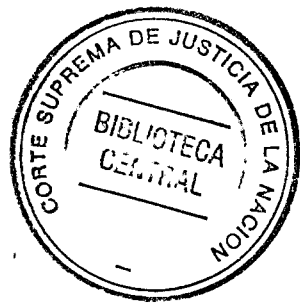
JOSÉ LUIS GARCÍA-PITA Y LASTRES

Biblioteca de la Corte Suprema	
Nº de Orden	121.222
Ubicación	D2941

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2009



ÍNDICE ✓

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS	15
CAPÍTULO I	
LOS CRÉDITOS DOCUMENTARIOS COMERCIALES ✓	
I. LOS CRÉDITOS DOCUMENTARIOS: INTRODUCCIÓN	38
A) Funciones económicas y desarrollo histórico de los créditos documentarios.....	38
a) Antecedentes y desarrollo histórico de los créditos documentarios	40
b) Problemas del tráfico internacional de mercancías. Necesidad de intervención de los bancos	42
c) Crédito, garantía y función solutoria	46
B) Concepto, naturaleza jurídica y características de los créditos documentarios...	49
a) Definición del Crédito documentario y delimitación frente a figuras similares ...	49
1. Definición del Crédito documentario	49
2. Delimitación frente a otras figuras similares: Orden de Pago documentaria. Orden de Cobro documentaria	52
b) Naturaleza jurídica del crédito documentario	56
1. Distintas construcciones	57
2. Construcción «disgregadora»: el Crédito Documentario, como «operación» bancaria compleja	62
3. ¿Una construcción «dualista» o una revivescencia de las construcciones unitarias?	68
c) Notas características del «Crédito documentario»	71
II. FUENTES INSTRUMENTALES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CRÉDITOS DOCUMENTARIOS, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS REGLAS Y USOS UNIFORMES DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL...	79
A) La «internacionalidad» de los créditos documentarios y el problema de las fuentes del Derecho contractual bancario.....	79
B) Las reglas y usos uniformes de la Cámara de Comercio Internacional.....	87
III. CLASES DE CRÉDITOS DOCUMENTARIOS.....	99
A) Clasificación en función del alcance del compromiso asumido por el banco emisor ..	99
B) Clasificación en función de la participación de un segundo banco. Formas	104
C) Créditos de pago, de aceptación y de negociación. Créditos de garantía.....	106
D) Por razón de la cobertura o garantía de los créditos	111
E) Otros	111
IV. LA RELACIÓN ORDENANTE/BENEFICIARIO: LA CLÁUSULA «PAGO POR CRÉDITO DOCUMENTARIO»	112

	Pág.
V. LA RELACIÓN BANCO EMISOR/ORDENANTE	118
A) Obligaciones del ordenante	120
a) La provisión de fondos	121
b) El deber de impartir instrucciones	122
c) Pago de comisiones y reembolso de gastos. Otras	128
B) Obligaciones del banco emisor: apertura o emisión del crédito	129
a) Emisión y notificación del Crédito	129
b) Sumisión a los términos estrictos de las instrucciones [<i>«strict compliance»</i>]	131
C) Obligaciones del banco emisor: recepción y examen de los documentos	135
a) Deber de examen de los documentos	137
1. El deber de examen de los documentos: consideraciones generales	137
2. Clases de documentos a examinar	149
b) Documentos relativos al contrato subyacente: la Factura	153
c) Documentos de transporte. Resguardos de mensajero. Otros	155
d) Documentos relativos al Seguro de las mercancías	168
1. Plazo de examen	174
2. Alcance del deber de examen: criterios o módulos de diligencia	174
e) Deber de entrega de los documentos	178
VI. CONTENIDO DE LA RELACIÓN BANCO EMISOR/BENEFICIARIO	179
A) Emisión de la carta de crédito	179
B) Deber de efectuar la prestación prometida	184
a) Contenido del deber de efectuar la prestación a favor del Beneficiario	184
1. Créditos de pago y negociación	184
2. El Crédito documentario de aceptaciones	192
b) Principio de literalidad y abstracción	200
1. Excepciones oponibles al Beneficiario	200
2. Medidas cautelares: el «embargo» del crédito documentario	207
VII. GARANTÍAS PROPORCIONADAS POR LA POSESIÓN DE LOS DOCUMENTOS	208
VIII. MOVILIZACIÓN Y EXTINCIÓN DEL CRÉDITO DOCUMENTARIO. INTERVENCIÓN DE UNA PLURALIDAD DE BANCOS, EN EL CRÉDITO DOCUMENTARIO	215
A) Movilización del crédito documentario	215
a) Cesión del derecho de crédito	216
b) Transmisión del Crédito documentario: los créditos transferibles	225
c) Créditos subsidiarios	236
B) Intervención de segundos y ulteriores bancos	239
a) Banco avisador	242
b) Banco designado	244
c) Banco confirmador	250
C) Extinción del crédito documentario	253

CAPÍTULO II

OPERACIONES BANCARIAS DE GARANTÍA Y CRÉDITOS DOCUMENTARIOS
CONTINGENTES [*STANDBY LETTERS OF CREDIT*]

I. LOS CRÉDITOS DOCUMENTARIOS «STANDBY» O CONTINGENTES	255
A) Consideraciones generales	255

B) Concepto, naturaleza jurídica y caracteres de los créditos documentarios «standby» o contingentes	256
a) Concepto	256
b) Naturaleza jurídica	259
c) Caracteres	260
II. OTRAS GARANTÍAS BANCARIAS: LOS LLAMADOS «AVALS BANCARIOS»	262
A) Los «avales bancarios»: descripción de la operación. Concepto y naturaleza jurídica	263
a) Consideraciones generales	263
b) Concepto y naturaleza jurídica. Caracteres y fuentes	266
1. Concepto	266
2. Naturaleza jurídica	272
3. Caracteres y fuentes	281
B) CLASES DE GARANTÍAS BANCARIAS	289
a) Garantías de licitación, buena ejecución y reembolso	289
1. Garantías de licitación	289
2. Garantías de buena ejecución [<i>«performance bonds»</i>]	290
3. Garantías de reembolso	291
b) Garantías revocables e irrevocables	291
c) Garantías documentarias y no documentarias	292
d) Clases de garantías bancarias, en función de los sujetos intervinientes en la operación: Garantías directas e indirectas	292
III. ESTRUCTURA Y DINÁMICA DE LAS GARANTÍAS BANCARIAS	293
A) Contenido de la relación ordenante/beneficiario	293
B) Contenido de la relación banco emisor/ordenante. Obligaciones del ordenante	295
a) El deber de impartir instrucciones	298
b) Pago de comisiones y reembolso de gastos. Otras	298
C) Obligaciones del banco emisor, frente al ordenante o principal	299
a) Emisión y notificación de la Garantía	299
b) Sumisión a instrucciones	299
c) El pago a primer requerimiento, como obligación del Banco frente al Ordenante o Principal	302
D) Contenido de la relación banco emisor/beneficiario	302
a) Emisión de la Garantía	302
b) Principios de literalidad, abstracción y no accesoriedad	305
c) Deber de efectuar la prestación prometida	307
E) Modificaciones en las garantías bancarias independientes	316
F) Extinción y pérdida de vigencia de las garantías bancarias independientes	317
G) La «contragarantía» de cobertura	321
IV. GARANTÍAS DÉBILES: LAS CARTAS DE PATROCINIO (BREVE REFERENCIA)	323

CAPÍTULO III

OPERACIONES BANCARIAS DE CAMBIO

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LAS OPERACIONES DE CAMBIO DE MONEDA	327
A) La liberalización de los movimientos de capitales y pagos, y su incidencia en el mercado financiero	327



	Pág.
B) La liberalización de movimientos de capitales, como determinante de la realización de operaciones de cambio y condición para la Unión Monetaria Europea	334
C) La «nacionalidad» del dinero y las respuestas jurídicas a la internacionalidad de los flujos financieros	338
II. EL SERVICIO BANCARIO DE CAMBIO Y LAS OPERACIONES DE CAMBIO: ASPECTOS ESTATUTARIOS Y ASPECTOS CONTRACTUALES	350
A) Consideraciones generales. Concepto y naturaleza jurídica de las operaciones de cambio	350
a) Concepto y naturaleza jurídica de las operaciones de cambio	350
b) Clasificación de las operaciones de cambio	361
c) Normativa aplicable	363
B) Elementos personales y reales. Entidades dedicadas al cambio de moneda	366
a) Elementos personales	366
1. Los establecimientos de cambio de moneda	368
2. Operaciones sobre divisas y de cambio, de las entidades de crédito	370
3. Operaciones en divisas y de cambio, pertenecientes al ámbito de la política monetaria	370
4. El cliente	372
b) Régimen de los establecimientos de cambio de moneda y sus titulares	373
1. Acceso a la actividad	373
2. Condiciones de acceso	374
3. Control de los establecimientos	375
c) Elementos reales	375
d) Elementos formales, perfección y documentación de las operaciones	383
C) Caracteres y contenido: obligaciones de las partes	384
a) Caracteres de las operaciones de cambio	384
b) Obligaciones de la entidad de crédito o establecimiento de cambio	386
c) Obligaciones del cliente	398
D) El «swap» de divisas	399

CAPÍTULO IV

DEPÓSITOS CERRADOS Y SERVICIO DE CAJAS DE SEGURIDAD ✓

I. DEPÓSITOS BANCARIOS CERRADOS	405
A) Antecedentes y significación moderna	406
B) Concepto, naturaleza jurídica y caracteres	408
C) Elementos, formación y contenido de los depósitos bancarios cerrados	418
a) Elementos	418
b) Formación	422
c) Contenido de los depósitos bancarios regulares, de pura custodia: obligaciones de las partes	425
D) Extinción del contrato	432
II. EL SERVICIO DE CAJAS DE SEGURIDAD: CONSIDERACIONES GENERALES	434
A) Origen del contrato de caja de seguridad	434
B) Concepto y naturaleza jurídica del contrato de caja de seguridad	436
a) Concepto	436
b) Naturaleza jurídica	436
III. CARACTERES DEL CONTRATO DE ALQUILER DE CAJAS DE SEGURIDAD	444

	Pág.
IV. FORMACIÓN Y CONTENIDO. RESPONSABILIDAD DEL BANCO	446
A) Formación del contrato	446
B) Contenido del contrato de caja de seguridad: obligaciones y responsabilidad del banco	447
a) Obligación de cesión del uso y garantía del goce pacífico	448
b) Obligaciones vinculadas a la noción de custodia	450
c) Responsabilidad del Banco	454
C) Contenido del contrato de caja de seguridad: obligaciones del cliente	459
V. OTROS AVATARES Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE CAJA DE SEGURIDAD	462
CAPÍTULO V	
CUSTODIA Y ADMINISTRACIÓN DE VALORES NEGOCIABLES ✓ E INSTRUMENTOS FINANCIEROS	
I. ACTIVIDADES BANCARIAS EN LOS MERCADOS DE VALORES Y DEPÓSITOS NO DINERARIOS: DEPÓSITOS DE VALORES Y OPERACIONES ANÁLOGAS O VINCULADAS	468
A) Consideraciones generales sobre los depósitos abiertos y administrados de títulos y valores	468
a) Introducción	468
b) Concepto, naturaleza jurídica y caracteres del depósito administrado de títulos	474
1. Concepto y naturaleza jurídica	474
2. Caracteres	485
B) Elementos del contrato: elementos personales	490
C) Elementos del contrato: elementos reales	497
D) Depósito de valores y representación de valores negociables por anotaciones en cuenta	503
a) Sistemas correctores y sistemas sustitutivos de los títulos-valores	503
b) La desmaterialización o truncación de títulos-valores y su representación tabular, en el Derecho español; influencia sobre el Contrato de Depósito bancario de valores	507
E) Elementos formales y perfección del contrato	511
II. CONTENIDO DEL DEPÓSITO DE VALORES	516
A) Obligaciones del banco: custodia y conservación	519
a) Generalidades: custodia y prohibición de uso de los valores depositados ..	519
b) Desembolso de dividendos pasivos	524
B) Obligaciones del banco: administración	526
a) Cobro de intereses y dividendos	526
b) Ejercicio del derecho de suscripción preferente y otros derechos similares	528
C) Ejercicio de los derechos políticos vinculados a los valores en depósito	530
a) Generalidades: de la prohibición de representación de los valores depositados, al sistema de incompatibilidades	530
b) Aplicación de las «Normas de conducta» de los mercados de valores, a los contratos bancarios de depósito [y administración] de valores	535
D) Otras obligaciones del banco	541
a) Obligación de información	541
b) Obligación de restitución de los títulos o valores depositados	542
E) Responsabilidad del banco depositario	545
F) Obligaciones del cliente	546

	Pág.
G) Especialidades en el caso de valores sometidos a «iura in re aliena» [usufructo] ..	547
H) Extinción del contrato	552
III. EL CONTRATO DE LLEVANZA DEL REGISTRO DE VALORES TABULARES	553
A) Consideraciones generales	553
B) Concepto y naturaleza jurídica	562
C) Elementos	565
a) Personales	565
b) Reales	568
c) Formales	571
D) Formación y contenido	571
a) Formación del contrato	571
b) Contenido: obligaciones de la entidad encargada de la llevanza del registro ..	572
c) Contenido: obligaciones de la entidad emisora de los valores	574
d) Posición jurídica de los titulares de los valores representados por anotaciones	574
IV. EL CONTRATO DE GESTIÓN DE CARTERAS DE INVERSIÓN	576
A) Consideraciones generales. Concepto y naturaleza	576
B) Caracteres del contrato de gestión de carteras de inversión	582
C) Elementos del contrato de gestión de carteras de valores	584
a) Elementos personales	584
b) Elementos reales	585
c) Elementos formales	586
D) Modalidades del contrato	588
E) Contenido y extinción del contrato de gestión de carteras de inversión	589
a) Obligaciones del Banco gestor de la Cartera	589
b) Obligaciones del Cliente inversor	600
c) Extinción del contrato	602
V. CONTRATOS DE ASESORAMIENTO FINANCIERO	603
CAPÍTULO VI	
SERVICIOS DE COLABORACIÓN EN MATERIA DE OPVs.	
I. LA MEDIACIÓN DE LOS BANCOS EN LA COLOCACIÓN DE EMISIONES Y OFERTAS PÚBLICAS DE VALORES: CONSIDERACIONES GENERALES	608
A) Significado moderno y formas de esta operación	608
a) Consideraciones generales	608
b) Formas de colaboración bancaria/financiera en las emisiones y opvs.	615
1. El concepto del «Derecho del Mercado de valores», como herramienta para la delimitación de las distintas formas de colaboración en las emisiones y opvs.	619
2. La estructura de las emisiones y opvs., y su trascendencia para delimitar las actividades de colaboración en las mismas	627
B) La relación entre el banco y la entidad emisora, en el supuesto de «colocación» de emisiones y opvs.	631
a) Concepto de la operación de «colocación de emisiones y opvs.»	634
b) Naturaleza jurídica	637
II. EL CONTRATO DE COLOCACIÓN DE OPVs	646
A) Consideraciones generales: concepto y caracteres	646
B) Elementos del contrato	646

	Pág.
a) Elementos personales: problemática de los diferentes conceptos empleados por la normativa en materia de opvs	646
b) Elementos reales y objeto	654
C) Formación del contrato de colaboración en la colocación de opvs	659
D) Contenido del contrato de colaboración en la colocación de emisiones	661
a) Obligaciones del Banco	662
b) Obligaciones del Cliente	676
E) Responsabilidades del banco, en relación con los folletos de OPV	677
a) La índole negocial del Folleto o Prospecto	680
b) Incidencia del Folleto o Prospecto de Emisión, sobre los posteriores adquirentes de los valores	686
c) La Responsabilidad de Folleto o Prospecto, y su naturaleza jurídica	693
III. LOS SINDICATOS DE EMISIÓN Y COLOCACIÓN: NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DE LOS BANCOS SINDICADOS, ENTRE SÍ	700
A) Concepto y naturaleza de la sindicación bancaria para la colocación de OPVs ...	701
a) Concepto y naturaleza jurídica	701
b) Estructura del sindicato y funciones de los diversos bancos o intermediarios financieros participantes	705
1. Bancos «managers» o jefes de fila	705
2. El Banco-agente	706
B) Constitución del sindicato	706
C) Funcionamiento y liquidación del sindicato	708
IV. CONTRATO DE DIRECCIÓN DE OFERTA PÚBLICA DE VALORES	709
A) Consideraciones generales	709
B) Concepto, naturaleza jurídica y caracteres	711
a) Concepto y naturaleza jurídica	711
b) Caracteres	714
C) Contenido y dinámica del contrato	715
a) Obligaciones del Banco	715
b) Obligaciones del emisor u oferente	718
c) Extinción	719
V. EL CONTRATO DE ASEGURAMIENTO DE OPVs	720
VI. OTRAS FORMAS DE COLABORACIÓN	722
CAPÍTULO VII	
CONTRATACIÓN BANCARIA DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS DE COBERTURA DE RIESGOS	
I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LOS CONTRATOS O INSTRUMENTOS DERIVADOS DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS	726
A) Derivados financieros y riesgos financieros	731
B) Caracteres generales comunes a los contratos financieros derivados	739
C) Elementos: objeto y causa de los contratos financieros derivados	742
II. CONTRATOS FINANCIEROS «A PLAZO» [CONTRATOS «FORWARD»]	745
A) Consideraciones generales	745
a) Desarrollo histórico de los Contratos financieros «a plazo»	749
b) Funciones económicas de los contratos financieros a plazo	750
B) Concepto y naturaleza jurídica	750
C) Caracteres y elementos	750
D) Clases de contratos «forward»	753

	<u>Pág.</u>
III. FORMACIÓN Y CONTENIDO DEL CONTRATO: OBLIGACIONES DE LAS PARTES Y MODALIDADES DE CUMPLIMIENTO	753
A) Formación del contrato <i>«forward»</i>	753
B) Contenido: obligaciones de las partes en los contratos <i>«forward»</i>	754
C) Especial consideración del contrato a plazo sobre tipos de interés [<i>«forward rate agreement»</i>].....	757
a) El Contrato de <i>FRA</i> [<i>«Forward Rate Agreement»</i>]: orígenes y funciones económicas	757
b) Concepto y naturaleza jurídica del contrato <i>FRA</i>	758
1. Concepto del <i>FRA</i>	758
2. Naturaleza jurídica del <i>FRA</i>	759
c) Caracteres del contrato <i>FRA</i>	760
d) Elementos del contrato de <i>FRA</i>	764
e) Formación del contrato de <i>FRA</i>	766
f) Contenido del contrato de <i>FRA</i>	766
IV. EL CONTRATO DE «SWAP» O PERMUTA FINANCIERA	768
A) Consideraciones generales sobre las funciones económicas del contrato de <i>«swap»</i>	768
a) Orígenes y función económica de los contratos de <i>«swap»</i>	768
b) Clasificación de los contratos de <i>«swap»</i>	770
B) Concepto, delimitación y naturaleza jurídica del contrato de <i>«swap»</i>	772
a) Elaboración de una definición jurídica del contrato de <i>«swap»</i>	772
b) Naturaleza jurídica del <i>«swap»</i> y consiguiente delimitación respecto de otras figuras negociales	774
c) Caracteres del contrato de <i>«swap»</i>	779
C) Elementos del contrato de <i>«swap»</i>	783
a) Elementos personales del contrato de <i>«swap»</i>	783
b) Elementos reales: el objeto del contrato del <i>«swap»</i>	783
D) Formación y contenido del contrato	785
a) Formación del contrato de <i>«swap»</i>	785
1. Características del <i>«swap»</i> , especialmente relacionadas con su proceso de formación y con su contenido.....	785
2. Formación del contrato de <i>«swap»</i>	786
b) Contenido del contrato de <i>«swap»</i>	787
V. CONTRATOS BANCARIOS DE OPCIÓN FINANCIERA «OVER-THE-COUNTER»: CONTRATOS «CAP» Y «FLOOR». CONTRATOS «COLLAR» Y OTROS INSTRUMENTOS FINANCIEROS ESTRUCTURADOS	789
A) Contratos <i>«cap»</i> y <i>«floor»</i>	789
a) Los contratos <i>«cap»</i> y <i>«floor»</i> , como modalidades del contrato de Opción financiera	790
b) Régimen de los contratos <i>«cap»</i> y <i>«floor»</i>	793
1. Consideraciones generales	793
2. Elementos del contrato	794
3. Caracteres de los contratos <i>«cap»</i> y <i>«floor»</i>	794
B) Otros productos financieros estructurados [breve mención].....	796
VI. DEPÓSITOS BANCARIOS ESTRUCTURADOS	797
VII. ACUERDOS DE «NETTING»	800
BIBLIOGRAFÍA	809