

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS COMENTADAS

1. Obligaciones en moneda extranjera, responsabilidad contractual y devaluación.

(S. T. S. de 30 de enero 1971.—*Lita, S. A. c. Banco de Bilbao, S. A.*)

1. *Los antecedentes del pleito.*—La Sociedad demandante, que venía dedicándose al envasado y estuchado de leche en polvo y de otros productos similares, para su posterior distribución y venta en nuestro país, previa importación de los mismos desde Holanda, había comprado con las correspondientes licencias administrativas, a una cooperativa holandesa, denominada *Nationale Cooperative Zuivelverkoopcentrale*, doscientos mil kilogramos de la mencionada mercancía, por un importe total de 414.000 florines holandeses. Para pagar esta suma, la Sociedad actora, el día 15 de noviembre de 1967, solicitó y obtuvo del Banco demandado la emisión por éste de un cheque. Este cheque fue librado por el Banco de Bilbao, con cargo al *Amsterdam Rotterdam Bank de Amsterdam*, por un importe de 413.500 florines. Según los antecedentes de hecho del pleito, el cheque, aunque entregado materialmente a *Lita, S. A.*, fue ya extendido en su origen a la orden de la *Nationale Cooperative Zuivelverkoopcentrale*, a quien "*Lita, S. A.*", se lo remitió.

Aunque en el momento de la emisión del cheque "*Lita, S. A.*" carecía de fondos en su cuenta corriente con el Banco, hizo de manera inmediata un importante ingreso en ella, que cubría prácticamente el contravalor del cheque en aquella fecha.

El cheque de referencia fue cobrado en Amsterdam el día 22 de noviembre de 1967. El día 19 la moneda española había sido devaluada, en virtud de un Decreto dictado en aquella fecha. Al establecerse una nueva paridad de la peseta, se modificó el cambio oficial que regía para el florín holandés, que el 15 de noviembre de 1967, cuando se realizó la emisión del cheque, era de 16,697 pesetas por florín, en tanto que el día 20 era ya de 19,371 pesetas por florín.

En los antecedentes de hecho del pleito se señala que el Banco presentó la correspondiente documentación al Instituto Español de Moneda Extranjera con posterioridad al 19 de noviembre de aquel año.

El pleito surge alrededor de los hechos que sucintamente se han expuesto en las líneas anteriores. El Banco había cargado en la cuenta corriente de la Sociedad actora la cantidad de 8.027.933 pesetas como equivalente o contravalor de los 413.500 florines holandeses establecido al cambio de 19,371 pesetas.

"Lita, S. A.", formuló su demanda solicitando que se condenara a la entidad demandada a abonarle la cantidad de 1.108.185 pesetas en que se cifraba el importe de las diferencias de cambio. La argumentación básica de la parte actora era que, dado el régimen de libertad de comercio y de tenencia de divisas, existente para las entidades bancarias, la Sociedad demandada debía haber tenido ya en su poder, al expedir el cheque de autos, las necesarias divisas en el Banco contra el cual expedía dicho cheque. Si efectivamente existían ya tales divisas en su poder, el Banco de Bilbao se enriquecía indebidamente en perjuicio de la Sociedad actora, puesto que él las había adquirido por un precio inferior al que posteriormente le cobraba. Y si, por el contrario, la Sociedad demandada no poseía aquellas divisas, había dejado transcurrir seis días sin adquirirlas, bien en el mercado libre o bien haciendo la oportuna reserva en el Instituto Español de Moneda Extranjera. En este caso, tal negligencia y tal demora sólo a ella le eran imputables y por lo tanto sólo ella debía sufrir los perjuicios que de la misma se derivaban, indemnizando a la demandante los daños que como consecuencia de ello se le habían ocasionado.

La demanda fue estimada en ambas instancias y el T. S. declaró no haber lugar al recurso de casación.

Como fundamento de su resolución consignó el Tribunal los siguientes considerandos:

a) "En el recurso no se utiliza la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su consecuencia, los hechos que declara probados la sentencia recurrida han quedado firmes en casación, entre los cuales figuran los siguientes: 1.º Que la Sociedad actora y hoy recurrida, titular de licencia de importación referente a una partida de leche en polvo, que había comprado a determinada entidad holandesa, para el pago de esa mercancía, adquirió en el Banco demandado y hoy recurrente, Sucursal de Las Palmas de Gran Canaria, con fecha 15 de noviembre de 1967, un cheque por importe de cuatrocientos trece mil quinientos ochenta y seis florines holandeses, moneda que ya poseía el Banco, el cual cheque fue librado por el propio Banco, con cargo a la cuenta que mantenía con su corresponsal de Amsterdam, y a la orden de la empresa vendedora, y que entregó a la Sociedad actora el mismo día 15 de noviembre de 1967, en calidad de divisas cotizables ya negociadas. 2.º Que en la indicada fecha, el Gerente de dicha Sociedad, en su condición de tal, suscribió impreso del Banco demandado por el que éste, en nombre y por cuenta de aquélla, comunica al Instituto Español de Moneda Extranjera, que ha adquirido en el Mercado de Divisas la antes referenciada cantidad de florines holandeses para atender al pago de la mercancía importada, e ingresó en la cuenta corriente que dicha Sociedad tenía en el Banco demandado cantidad bastante para completar el cargo de la recepción de los florines. 3.º Que la Sociedad actora no difirió lo concertado, que no hubo anterior o posterior solicitud por su parte de aplazar la formalización global de la operación de divisas de que se trata. 4.º Que el valor de cotización oficial del florín holandés en la fecha de libramiento y entrega del cheque era el de diez y seis con seiscientos noventa y siete pesetas por florín, y que con fecha veintiuno del citado mes y año, el Banco dicho cargó en la cuenta de la Sociedad actora el importe del mismo a razón de diez y nueve con trescientas setenta

y una peseta por florín, valor de cotización oficial en ese día de dicha moneda.”

b) “Tales hechos probados ponen de manifiesto la intrascendencia o inoportunidad del tema que se plantea en el recurso en torno a cual sea la conceptualización jurídica de la operación de divisas en cuestión, pues se trate de una compraventa, comisión mercantil, o de convención que tenga ese doble carácter, es lo cierto que, en todo caso, tales divisas fueron facilitadas por el Banco a su cliente y adquiridas por éste el día 15 de noviembre de 1967, fecha de la expedición y entrega del cheque, por lo que, y como correctamente estima la resolución impugnada, tal operación de divisas había de liquidarse con base en el cambio oficial del florín holandés en la expresada fecha, y no con el que tenía el día 21 del mismo mes y año, que fue el aplicado por el Banco, siendo intrascendente, a tal efecto, que el Banco cumpliera a su debido tiempo la obligación de comunicar al Instituto Español de Moneda Extranjera la operación de divisas realizada, ya que la Orden de veinticinco de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve, que regula el funcionamiento del Mercado de Divisas, en su norma décima impone tal obligación a las entidades bancarias con funciones delegadas, no a los clientes de los mismos, aparte de que la sentencia recurrida declara, sin impugnación eficaz en el recurso, que la entidad demandada, confiada en una estabilidad de la moneda nacional, prolongada desde el año mil novecientos cincuenta y nueve, se descuidó en cumplir su obligación de intermediaria autorizada para operar en el Mercado de Divisas, notificando la adquisición de la moneda extranjera, objeto de la demanda, con notorio retraso, después de dictarse el Decreto de diez y nueve de noviembre de mil novecientos sesenta y siete sobre nueva paridad de la peseta.”

c) “Por cuanto se deja precedentemente expuesto, decaen los tres motivos del recurso, todos ellos formalizados por el cauce del número primero del citado artículo mil seiscientos noventa y dos, toda vez que, y como con pleno acierto se aprecia en el noveno Considerando de la sentencia de primer grado aceptado por la recurrida, la responsabilidad del Banco demandado viene establecida, más que por haber incurrido en negligencia en el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo mil ciento uno del Código Civil, por haber cobrado mayor precio por las divisas vendidas a la actora que el fichado por el cambio oficial en el día de su adquisición.”

2. *La calificación de los hechos y de los negocios litigiosos.*—La sentencia que acabamos de transcribir contempla un supuesto que presenta un evidente interés teórico y práctico por situarse en el centro de una serie de problemas de honda repercusión en toda la teoría general de las obligaciones. Estrictamente planteada, la cuestión litigiosa se reduce a determinar quién de las dos partes litigantes debía soportar las consecuencias onerosas que la devaluación oficial de la peseta producía. Supuesto —como se da— que el riesgo de devaluación debiera asumirlo el Banco demandado, era preciso además averiguar la razón o el fundamento jurídico para adoptar una decisión semejante. La sentencia del Tribunal Supremo que comentamos nos deja, sin embargo, con la miel en los labios, como vulgarmente suele decirse. Dicho sea con toda clase de respetos, no llega a profundizar en una materia que hubiera requerido tal vez un análisis más minucioso. En el comienzo del

considerando segundo nos dice el T. S. que los hechos probados "ponen de manifiesto la intrascendencia o la inocuidad del tema que se plantea en el recurso, en torno a cual sea la conceptualización jurídica de la operación de divisas". Parece que se quiere decir con ello que la total certidumbre o la evidencia de los hechos hace innecesaria cualquier calificación jurídica. Entendida así, la afirmación es insostenible. Cualquiera que sea la certidumbre o la contundencia de los hechos, la calificación de tales hechos desde un punto de vista jurídico es un plus añadido a ella, que entraña un juicio sobre el ajuste de tales hechos con los supuestos hipotéticos de las normas jurídicas y con las categorías conceptuales convencionalmente admitidas por la doctrina y por la propia jurisprudencia como premisas del razonamiento y de la decisión (1).

La calificación, en el caso que nos ocupa, parecía además necesaria por dos tipos de razones. En primer lugar, porque sólo a través de ella era posible establecer el modelo o el criterio para medir las obligaciones de las partes y su consiguiente responsabilidad. Además, porque no había sido la misma la calificación sostenida en las sentencias dictadas por los órganos inferiores.

El juez de primera instancia había calificado la naturaleza jurídica del negocio que unía a los litigantes como un *contrato de compraventa*, caracterizado por la especialidad de la cosa que constituía su objeto, que era dinero o divisas. Al mismo tiempo, según el juez, existía una comisión mercantil, en la medida en que el Banco se había encargado de gestionar la situación de la moneda comprada en el país elegido, evitando el desplazamiento de numerario. Partiendo de esta inicial calificación del negocio como un contrato de compraventa, el juez de instancia razonaba que tal compraventa estaba no sólo perfeccionada, sino ya consumada, el día 15 de noviembre de 1967. Esta perfección y esta consumación del contrato hacían que, aunque no existieran normas contractuales expresas relativas a la determinación del precio, fuera preciso entender que debía consistir en el precio de la divisa el día del contrato, por aplicación del artículo 1.448 del Código Civil (2).

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia no sólo ensayó un examen de la cuestión en la dirección antes apuntada —determinación del precio en un contrato de compraventa—, sino que, introduciendo un giro en su razonamiento, extendió la obligación del demandado, fundándola en la línea de la responsabilidad contractual. Como comisionista, el Banco venía obligado, parece que se piensa, a adquirir la divisa necesaria y a notificar o comunicar

(1) Vid. LARENZ: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín, 1960, páginas 199 y sigs.

(2) El artículo 1.448 del Código Civil dice que «también se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado día, Bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, Bolsa o mercado, con tal que sea cierto». Prescindiendo ahora de la exactitud de la calificación del negocio como compraventa, tema sobre el que más tarde volveremos, parece claro que la aplicación del artículo 1.448 del Código Civil tropezaba con dificultades de otro tipo. El artículo 1.448 del Código Civil presupone un pacto contractual expreso de referencia al mercado, que en nuestro caso no existía. Aunque se quisiera sobreentender el pacto —«precio corriente»— siempre subsistiría la dificultad del señalamiento del día. Sobre el tema vid. RUBINO: *La compravendita*, Milán, 1962, págs. 259 y sigs.

tal adquisición al Instituto Español de la Moneda Extranjera. El Banco se había descuidado en cumplir con su obligación de intermediario autorizado para operar en el mercado de divisas. Notificó la adquisición de la moneda extranjera con notorio retraso, después de dictarse el Decreto de 19 de noviembre de 1967. Y este retraso es el que genera su responsabilidad.

La Audiencia Territorial de Las Palmas aceptó sólo parcialmente los considerandos del Juzgado. Aunque llegó en definitiva a la misma solución, lo hizo siguiendo un camino en buena parte distinto. Para la Audiencia, la acción esgrimida en la demanda era una acción de resarcimiento de daños, dimanante del artículo 1.101 del Código Civil y del artículo 250 del Código de Comercio. Había existido un retardo o un cumplimiento tardío, imputable a "conducta comercial inadecuada de la sociedad demandada", siendo, además, el término esencial. Este retardo y esta insuficiencia se habían producido "en el curso de la comunicación estadística y controladora de petición de moneda o instancia al JEME", pero también en la "unidad del negocio jurídico", probado como estaba que el mandato de pago o cheque se había entregado a Lita, S. A., el 15 de noviembre de 1967 en calidad de divisas cotizables o negociadas y se había abonado, recibido y admitido en Amsterdam el día 20 de noviembre del propio año.

Sobre estas bases se articularon los motivos del recurso, que eran tres. En el primero de ellos alegaba el recurrente la interpretación errónea del artículo 1.101 del Código Civil, en relación con el artículo 1.104 del mismo cuerpo legal y con los artículos 244, 251 y 252 del Código de Comercio. A juicio del recurrente, el hecho de habersele impuesto la condena como consecuencia de una responsabilidad por daños y perjuicios en que había incidido en virtud de culpa o negligencia, exigía, conforme al artículo 1.104, examinar cuál era la diligencia debida por él, pues esta diligencia tendría que ser la que reclamara la obligación. En opinión del recurrente, la relación que ligaba a las partes constituía una comisión mercantil, de la cual no podía derivar para él ninguna responsabilidad, por cuanto que sus obligaciones habían sido cumplidas y además puntualmente cumplidas.

El motivo segundo alegaba la inexistencia del "término esencial", del que había hablado la Audiencia. Y el motivo tercero señalaba que si algún daño se le había producido a la compañía actora, tal daño tenía carácter fortuito, inevitable e imprevisible y había sido debido a un "factum principis", pues había sido una disposición del Gobierno la que había ordenado la devaluación y la nueva paridad de la peseta. De ello se desprendía—a juicio del recurrente—la inexistencia de la necesaria relación de causalidad entre el comportamiento del deudor y el daño alegado, toda vez que la única causa adecuada, que podía ser considerada como fuente generadora del repetido daño, era un acto y una decisión del Gobierno.

Con estos antecedentes puede comprenderse mejor la sentencia comentada, pero se comprende también mejor la evasión que en ella se produce respecto de los capitales, temas que en el pleito y en el recurso se encontraban planteados.

Aun cuando el Tribunal Supremo no profundiza, como decíamos, en la materia, parece desprenderse del texto de la sentencia que se aparta del criterio de la Audiencia y, en cambio, participa más del criterio del Juzgado. En el considerando tercero se lee lo siguiente: "Como con *pleno acierto* se aprecia

en el noveno considerando de la sentencia de primer grado, la responsabilidad del Banco demandado viene establecida, más que por haber incurrido en negligencia del cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 1.101 del Código Civil, por haber cobrado *mayor precio* por las divisas *vendidas* a la actora que el fijado por el cambio oficial en el día de su adquisición." Este planteamiento merece alguna revisión e induce a algún comentario.

3. *Daños por incumplimiento contractual y cobro de precio excesivo en una compraventa.—Acción de indemnización y acción de enriquecimiento.*— Como hemos puesto de relieve en las líneas anteriores, todo el debate suscitado en el litigio al que pone fin la sentencia que comentamos parece haber girado en torno a dos planos diferentes y entre sí bastante alejados. Uno de estos planos se encuentra constituido por la tesis, que parece cara al T. S., de que la operación realizada por Lita, S. A., con el Banco de Bilbao, S. A., fue una pura y simple compraventa (compraventa de divisas o compraventa de un cheque) y de que el Banco vendedor había percibido, como consecuencia de dicha compraventa, un precio excesivo ("mayor precio"), hecho que le obligaba a restituir la diferencia. El segundo plano de discusión es la segunda tesis, que afloró en la demanda y fue recogida en los razonamientos de la Audiencia de Las Palmas. Lita, S. A., había sufrido un *daño* en su patrimonio, daño del que era responsable el Banco de Bilbao, que venía por ello obligado a indemnizarlo. Aun cuando en las sentencias de los Tribunales de instancia y en la propia sentencia de la casación ambas tesis quieren aparecer como compatibles entre sí, es decir, como fundamentos intercambiables que permitan llegar a una misma solución, es preciso destacar que carecen entre sí de interna coherencia. Cada uno de los puntos de partida conduce a unas conclusiones diferentes, que son, además, entre sí, incompatibles. Efectivamente: si la operación era una compraventa y el vendedor había percibido en concepto de precio una cantidad superior a aquella a la que tenía derecho, lo que se había producido en rigor era, al menos parcialmente, un cobro de lo indebido, de tal manera que la acción se dirigía a obtener la restitución y era, rigurosamente hablando, una "condictio indebiti" o, si se entendiera que la "condictio indebiti" sólo es viable cuando el "indebitum" ha sido realizado por error, una acción general de enriquecimiento (3). En definitiva, ello significa que el Banco no tenía derecho a percibir la cantidad cobrada, que había obtenido una atribución injusta o sin causa y que debía en esa medida restituir. El planteamiento es completamente distinto en tema de daños. Si la sociedad actora había experimentado un daño en su patrimonio, este daño sólo podía haberse producido en la medida en que la cantidad percibida por el Banco hubiera sido justamente cobrada. La incidencia de culpa es lo que convierte a esa disminución patrimonial en un daño indemnizable (4). La obligación del Banco no nacería entonces como un deber de restitución, sino como un deber de reparación o de indemnización. Cabría preguntarse si lo que se ejercitó en la demanda fue una acción o fue otra y si los principios

(3) Vid. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. 2.º Barcelona, 1956, págs. 602 y sigs. También BARBERA: *L'ingiustificato arricchimento*, Nápoles, 1964.

(4) Cfr. DE CUPIS: *Fatti illeciti*, Milán, 1961, págs. 17 y sigs.

procesales de la congruencia de las sentencias permitan alterar libremente el planteamiento articulado por las partes. Es decir, si una u otra "ratio" actuaban como "causae petendi", configuradoras de la acción ejercitada, o eran simplemente utilizadas como fundamentos o alegaciones de derecho, a los que pudiera aplicarse la máxima "iuria novit curia". Es éste un tema procesal que en este momento carece para nosotros de interés especial y que no vamos a abordar. El problema civil—de fondo—estriba en analizar, lo más cuidadosamente que sea posible, la hipótesis que se estudia para extraer de ella la más cumplida calificación.

Situados ya en este terreno, creemos que ninguna de las dos vías apuntadas—compraventa, daños por incumplimiento contractual—parece la adecuada. No puede hablarse de compraventa de un cheque ni cabe configurar la operación concertada por los litigantes como una compraventa. La compraventa es un contrato obligatorio por virtud del cual una de las partes se obliga a entregar a la otra una determinada cosa existente a cambio de un cierto precio en dinero o signo que lo represente. En algún momento parece haber aflorado la idea de que el negocio era una compraventa de divisas—pesetas por florines—. Prescindiendo de que un contrato semejante no es nunca en rigor una compraventa, sino un contrato de cambio de moneda, en nuestro caso el contrato no tiene esa configuración, porque Lita, S. A., no recibió una moneda extranjera, sino solamente un título valor extendido a cargo de un Banco holandés y a la orden de la cooperativa vendedora. Tampoco cabe hablar de "compraventa de un cheque". Respecto de un cheque ya creado, cuando es transmitido por su portador a un tercero, a cambio de un precio, el esquema de la compraventa puede ser aplicable, aunque más exacto parece pensar que en tal hipótesis lo que existe es un negocio de cesión de derechos o un endoso si el título es a la orden. El convenio de creación del título no guarda, sin embargo, con la compraventa ninguna similitud (5).

Tampoco parece aplicable el esquema de la acción de indemnización de daños contractuales. En este punto los razonamientos del recurrente, que el Tribunal considera innecesario examinar, parece que estaban bien fundados. El Banco demandado había cumplido sus obligaciones contractuales. Había emitido el cheque, que fue además pagado a los pocos días al portador legítimo, y había cumplido con su obligación de notificar a la Administración Pública los hechos, en acatamiento de la legislación especial sobre moneda extranjera. Los daños, por consiguiente, no podían derivar de un fenómeno de incumplimiento. ¿Derivaban acaso de un posible cumplimiento tardío o de un supuesto de mora? Sobre este punto habían incidido las afirmaciones de la Audiencia Territorial de Las Palmas, quien había señalado que hubo "retardo o insuficiencia en la ejecución obligacional—término esencial—o cumplimiento tardío imputable a conducta comercial inadecuada de la sociedad demandada". En alguna medida el T. S. acepta también esta tesis. La acepta, en primer lugar, al reiterar expresamente la declaración de la sentencia recurrida de que el Banco se descuidó en cumplir sus obligaciones.

En rigor, no parece que pueda hablarse de una responsabilidad por daños

(5) Cfr. GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1962, pág. 726, y Rev. D. Merc. 1954, II, pág. 7. BONELLI: *La teoria dello check*, R. D. Com., 1914, I, pág. 297, y BOUTERON: *Le cheque*, París, 1924.

y perjuicios del Banco demandado. Como antes hemos señalado, esta responsabilidad por daños y perjuicios sólo podía tener su base en un fenómeno de retardo o de mora, ya que de incumplimiento en sentido estricto, dados los hechos probados, no puede hablarse. Una responsabilidad por retardo o por mora tropieza con muy graves dificultades. Por supuesto, la obligación que asumió el Banco de Bilbao frente a Lita, S. A., no era una "obligación con término esencial" (6). Ni el giro de un cheque en florines ni las posteriores gestiones del Banco frente a la autoridad administrativa estaban sometidas a ningún término y mucho menos a un término esencial. Para el acreedor era indiferente que se realizaran, por ejemplo, el día 17, el 19 o el 25, y era indiferente un retraso de tres, de cinco, de ocho o de diez días. Tampoco cabía hablar de mora, pues la mora, aparte el vencimiento de la obligación, exige una intimación o una interpelación dirigida por el acreedor al deudor, que en nuestro caso no había existido (7).

Pero es que, además, para que pueda hablarse de una responsabilidad por daños y perjuicios es menester que exista una relación de causalidad adecuada entre el incumplimiento contractual del deudor—omisión de prestación, retardo, etc.—y los daños experimentados por el acreedor. En nuestro caso esta relación de causalidad directa no existe y el nexo causal se interrumpe y se quiebra a virtud del hecho de un tercero, que es aquí un "factum principis". El retraso en el cumplimiento de la comisión no produce al comitente ningún daño, como no sea el que pueda afectar a sus relaciones con el tercero frente a quien la comisión se desempeña, no teniendo los cambios en el mercado de divisas prácticamente ninguna fluctuación si la alteración sobrevenida fue debida exclusivamente a una circunstancia imprevisible y ajena por completo al círculo de las partes. Se trataba obviamente de una circunstancia inevitable. Si era o no previsible es algo en lo que en la sentencia no se hace hincapié, aunque puede recordarse que en diferentes ocasiones había sido oficialmente desmentida la medida por el propio Gobierno y que se produjo de modo que ocasionó algunas sorpresas, no obstante los rumores que corrían.

Generalizado además el problema llevaría a pensar que un comisionista a quien no se ha señalado plazo para la ejecución de una comisión es responsable de las elevaciones del precio de adquisición de los objetos o de la elevación del costo de la ejecución de la comisión.

4. *La emisión del cheque como negocio jurídico unilateral y las relaciones subyacentes.*—Vista la inutilidad de los caminos antes esbozados, para llegar a una solución correcta en el punto que nos ocupa parece oportuno reconstruir la calificación de los diferentes hechos, actos y relaciones que entre las partes han mediado. Hay, al parecer, dos relaciones de carácter previo: una es la relación existente entre el Amsterdam Rotterdam Bank y el Banco de Bilbao, que es una relación entre bancos por virtud de la cual el

(6) Sobre el término esencial, vid. FERNÁNDEZ NOVOA, *Término esencial*, en A. D. C., 1954, págs. 937 y sigs.

(7) Cfr. BENATTI: *La costituzione in mora del debitore*, Milán, 1968. Aparte de ello, el fundar la responsabilidad del banco en el retardo o en la mora, supondría alterar el esquema de la responsabilidad tasada del deudor moroso—interés moratorio—, haciéndole pechar con el riesgo de devaluación.

segundo de los bancos citados tiene abierta una cuenta corriente en el primero y está autorizado a disponer de ella mediante la emisión de cheques o de talones; otra es la relación entre Lita, S. A., y la cooperativa holandesa, que es una clara relación de compraventa, en la cual la cooperativa es acreedora del precio y Lita, S. A., deudora de dicha suma. Es dentro de este contexto donde debe estudiarse la emisión del cheque, su incidencia en las previas relaciones jurídicas interpartes y las relaciones subyacentes que lo justificaron. La emisión del cheque es un negocio jurídico de carácter unilateral. Se realiza por medio de una declaración unilateral de voluntad del Banco de Bilbao. Por virtud de esta declaración unilateral de voluntad el Banco librador del cheque se constituye en deudor del tomador del mismo y este último adquiere un derecho de crédito. Esta obligación del librador del cheque frente al tomador es una obligación autónoma e independiente del conjunto de las anteriores obligaciones.

Efectivamente: por virtud de la emisión del cheque se constituyó una obligación del Banco frente a la cooperativa holandesa, obligación que era, como antes decíamos, autónoma e independiente de la que ligaba frente a la misma cooperativa a Lita, S. A. La cooperativa, en caso de falta de pago del cheque, hubiera podido accionar libremente contra el Banco. El Banco no hubiera podido oponer a esta acción ninguna excepción derivada de las relaciones básicas o subyacentes. La obligación del Banco hubiera tenido que hacerse efectiva incluso en los supuestos de insolvencia sobrevenida (v. gr., quiebra o suspensión de pagos) de la persona por cuya cuenta o por cuyo encargo el Banco actuaba.

Quiere, pues, decirse que la obligación o deuda del Banco se superponía, por decirlo así, a la obligación, todavía subsistente, de Lita, S. A., como entidad compradora de una mercancía y deudora del precio de la compra. En el conjunto de estas obligaciones anteriores la emisión del cheque y la promesa, que en dicha declaración de voluntad se encontraba implícita, parecen constituir una "delegación pasiva" y una "delegación promisoria". Es una delegación pasiva porque el Banco se constituye en deudor del acreedor y lo hace por invitación del deudor inicial. Es una delegación promisoria porque el Banco cumple la invitación no realizando inmediatamente una prestación, sino emitiendo una promesa. No había, sin embargo, genuina asunción de deuda, pues el deudor inicial no quedaba liberado. Se produce una forma de acumulación o, si se quiere, una asunción acumulativa (8).

Como quiera que el pleito se plantea en la línea de las relaciones entre el Banco y Lita, S. A., se hace preciso estudiar cuál fue la causa subyacente de la emisión del cheque y de la promesa de pago que el cheque implicaba. Desde este punto de vista, es acertada la calificación del fenómeno como una "relación de comisión". El Banco actuaba como un comisionista, en la medida en que realizaba un acto jurídico por cuenta y por encargo de otra persona. Por virtud de esta relación de comisión, el Banco tenía derecho a percibir un precio por su servicio y a quedar indemne o a ser resarcido de los gastos, desembolsos y daños que el cumplimiento de la comisión le hubiese irrogado (cfr. art. 28 del C. de C. y arts. 1.728 y 1.729 del C. C.). El crédito

(8) Vid. BIGIAMI: *La delegazione*, Padua, 1943; PACCHIONI: *Delegazione passiva e assegno bancario*, R. D. Com., 1910, II, pág. 770.

del Banco, después de haberse efectuado el pago del cheque, frente a Lita, Sociedad Anónima, es un crédito de reembolso. Por consiguiente, cualquier acción de Lita, S. A., frente al Banco, por entender haber pagado mayor cantidad de la debida, no es nunca una acción de resarcimiento de daños, sino una "conductio indebiti" o una acción de enriquecimiento sin causa.

Si el crédito del Banco frente a Lita, S. A., era el crédito de reembolso de un comisionista o mandatario, parece claro que tal crédito debería ser igual o equivalente al desembolso que para el Banco hubiera supuesto el cumplimiento de la comisión. En nuestro caso concreto esto hubiera exigido un examen, que en el pleito no se hace, de la relación de provisión de fondos entre el Banco de Bilbao y el Amsterdam Rotterdam Bank. Esta provisión de fondos podía ser de dos tipos diferentes: o bien el Banco de Bilbao tenía previamente constituido un depósito de florines en el Banco librado, o bien el Banco librado había autorizado al Banco librador para girar contra él sin previo depósito. En el primer caso, me parece claro que el desembolso del comisionista es el importe del nominal en florines del cheque, medido por su antiguo cambio o cotización, pues éste era el coste que tal suma de dinero había representado para él. En cambio, la cuestión era diferente si el Banco giró sin suficiente provisión, pues en tal hipótesis la reposición en la cuenta tendría que haberse hecho mediante florines obtenidos al nuevo cambio. Sólo en estos términos parece que el asunto puede encontrar una solución justa. La cuestión podía suscitar únicamente dificultades de prueba. En principio estas dificultades de prueba pueden dar lugar a dos soluciones. De acuerdo con la primera, era al Banco a quien correspondía justificar el mayor desembolso, y no habiéndolo hecho su cliente podía lícitamente reclamar contra la factura. En tal caso sólo una aceptación "a posteriori" del cargo a cuenta hubiera dejado la situación inatacable. La segunda solución consistía en imputar la carga de la prueba al actor en el pleito, considerando como hecho constitutivo de su demanda el carácter objetivamente indebido del cargo en cuestión. En este caso hubiera correspondido al actor la necesidad de probar la anterior adquisición y depósito de las divisas por el Banco. En la necesidad de optar por una u otra solución, me inclino por la primera, lo que en definitiva significa llegar a la misma solución de nuestros Tribunales, aunque por otros caminos. En rigor corresponde al comisionista la justificación de sus gastos y desembolsos. Un simple cargo en cuenta, sin justificación, es una arbitraria compensación que no puede invertir la carga de la prueba. Quizá por ello gran parte del problema deriva de la defectuosa manera cómo el Banco operó. Para producir el cargo que verificó debería haber acompañado un justificante de su corresponsal que acreditara la inexistencia de saldo y la posterior adquisición. Sólo así su pretensión hubiera resultado justificada.

Hasta aquí hemos partido de la hipótesis de que el derecho del mandatario o del comisionista a quedar indemne de los quebrantos y gastos que le produzca la ejecución de la gestión es equivalente al importe de estos quebrantos y gastos. Conviene, sin embargo, preguntarse —para llegar hasta el final del problema— qué ocurre cuando un mayor gasto tiene su origen en hechos imputables al propio comisionista. La cuestión, como antes he dicho, no es de incumplimiento o de retraso en la ejecución de la gestión (v. gr., se retrasa en comprar la mercancía y ésta sube de precio), sino de retraso o defectuosa manera de proceder en la producción del gasto. Aunque, rigurosa-

mente hablando, el tema no es de "responsabilidad", la culpa entra en juego con el mismo alcance que en aquella materia. La culpa no origina aquí un deber de resarcimiento, sino una limitación del derecho del mandatario al reembolso (cfr.: 1.728, "con tal que esté exento de culpa el mandatario", y 1.729, "sin culpa ni imprudencia del propio mandatario").

En cualquier caso la hipótesis examinada tenía, como al principio destacamos, un gran interés. Demuestra, una vez más, que los asuntos y los pleitos no pueden zanjarse sin tratar de profundizar en sus entresijos, pues todos ellos son susceptibles de plantear agudos problemas. Es verdad que muchas veces existe un defecto en su inicial planteamiento, del que son culpables los litigantes y sus abogados, que es muy difícil que los Tribunales puedan rectificar. Aun en este caso merece recordarse el aforismo "iura novit curia", que tantas veces, con menos oportunidad, se esgrime. Es verdad que en los razonamientos jurídicos existe siempre solapada una vaga intuición de justicia. Sin embargo, cuando las sentencias están llamadas a formar un cuerpo de doctrina ello es probablemente demasiado poco.

LUIS Díez-PICAZO